

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

Antonio Ricardo Cola Collete

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

Antonio Ricardo Cola Collete

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de grau de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal, sob orientação do Prof. Florestan Rodrigo do Prado.

Presidente Prudente/SP
2015

Collete, Antonio Ricardo Cola
Direito Processual Penal do Inimigo/Antonio
Ricardo Cola Collete – Presidente Prudente: Centro
Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015.
82f.

Monografia de conclusão de Curso de
Especialização em Direito Penal e Processual Penal –
Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo –
Toledo: Presidente Prudente-SP, 2015.

1. Direito Processual Penal do Inimigo. 2.
Processo Penal Constitucional. I. Título.

DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Florestan Rodrigo do Prado

Francisco Lozzi da Costa

Wilton Boigues Corbalan Tebar

Presidente Prudente, 01 de dezembro de 2015

O processo penal deve ser lido à luz da
Constituição e não ao contrário.

Aury Lopes Junior

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida, pela proteção e pela misericórdia a mim concedidas até aqui.

Agradeço a meu pai Antonio Pereira Collete (in memoriam) pela formação moral e educacional com quais tanto se preocupou.

Agradeço a minha mãe Regina Sonia Cola Collete, além também da formação moral, pela oportunidade e incentivo na realização desta pós graduação.

Agradeço a minha irmã Jocyane Cola Collete pelo companheirismo.

Agradeço a minha esposa Mirian Barrocal Tardim Collete pelo incentivo na realização de mais esta etapa e pela cumplicidade, carinho e demonstração de amor diários.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Florestan Rodrigo do Prado, pela capacidade de transmitir seus conhecimentos e entusiasmo pela matéria.

RESUMO

O presente trabalho analisa o direito processual penal do inimigo a partir do paradoxo entre as garantias processuais penais conferidas pela Constituição Federal de 1988 e a recente demanda da criminalidade organizada. Através da pesquisa bibliográfica, partimos da conceituação do direito penal do inimigo preconizada por Günther Jakobs e de suas principais características. Foi dado especial destaque à característica da flexibilização de garantias processuais penais, pois não se pode falar em flexibilização de garantias processuais penais sem ingressarmos na análise do direito processual penal com seus institutos, princípios e regras próprias, daí a denominação de direito processual penal do inimigo. A leitura constitucional do processo penal é condição de legitimidade para a persecução penal e essa leitura constitucional é alcançada através do respeito aos princípios constitucionais relacionados ao processo penal, ou seja, o processo penal constitucional. O trabalho alcançou ainda casos que identificamos como de direito processual penal do inimigo em nossa legislação, isto é, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, a delação premiada e as provas invasivas.

Palavras-chave: Direito processual penal do inimigo. Flexibilização de garantias. Proporcionalidade. Processo penal constitucional. Direito penal do inimigo.

ABSTRACT

The present paper analyses the criminal procedural law of the enemy from the paradox between the criminal procedural guaranties admitted by 1988 Federal Constitution and the recent organized criminality demand. Through the bibliographic research, we have started from the criminal law of the enemy concept, preconized by Günther Jakobs, and its main characteristics. It was given a special prominence to the flexibility of the criminal procedural guaranties because we cannot talk about the flexibility of the criminal procedural guaranties without ingress into the analyses of criminal procedural law and its institutes, principles and own rules, and then, the denomination the criminal procedural law of the enemy. The constitutional reading of the criminal procedure is a condition of legitimacy to the criminal persecution, and this constitutional reading is reached through the respect to the constitutional principles related to the criminal procedure, that is, the constitutional criminal procedure. The paper also reached some cases identified in our legislation as criminal procedure law of the enemy, that is, the preventive prison to guarantee the public order, the prizewinner denounce and the invasive evidences.

Keywords: Criminal procedural law of the enemy. Flexibility of the guaranties. Proportionality. Constitutional criminal procedure. Criminal law of the enemy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 O PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	11
2.1 Direito Processual Penal Constitucional.....	12
2.2 Conflito de Valores Constitucionais.....	15
2.3 Princípios Processuais Penais Constitucionais.....	18
2.3.1 Princípio do devido processo legal.....	19
2.3.2 Princípios do contraditório e ampla defesa.....	21
2.3.3 Princípio do estado de inocência.....	23
2.3.4 Princípio do juiz natural.....	25
2.3.5 Princípio do duplo grau de jurisdição.....	26
2.3.6 Outros princípios.....	27
3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	29
3.1 Origem Histórica.....	29
3.2 Natureza Jurídica.....	31
3.3 Requisitos Intrínsecos.....	33
3.3.1 Adequação.....	34
3.3.2 Necessidade.....	34
3.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito.....	35
3.4 Vertentes da Proporcionalidade.....	36
3.4.1 Proibição do excesso.....	37
3.4.2 Proibição da proteção deficiente.....	38
4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: BREVES CONSIDERAÇÕES.....	42
4.1 Origem, Conceito e Significado.....	42
4.2 Velocidades do Direito Penal.....	45
4.3 O Inimigo.....	46
4.4 A Praxe Brasileira na Elaboração de Leis Penais.....	49
4.5 Características Relevantes do Direito Penal do Inimigo.....	52
4.5.1 Antecipação da tutela penal e penas desproporcionais.....	53
4.5.2 Relativização de garantias penais e processuais penais.....	54
5 DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO.....	55
5.1 Definição.....	55
5.2 O Incremento da Atividade Policial Através de Leis Penais e Processuais.....	58
5.3 Críticas ao Direito Processual Penal do Inimigo.....	61
5.4 A Defesa do Direito Processual Penal do Inimigo Através da Delimitação.....	64

6 DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. APONTAMENTOS CRÍTICOS.....	66
6.1 Prisão Processual para Garantia da Ordem Pública.....	67
6.2 Delação Premiada.....	68
6.3 Ingerência Corporal do Estado para Fins Probatórios.....	70
6.3.1 O direito ao silêncio e o princípio <i>nemo tenetur se detegere</i>	71
6.3.2 O princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> e a produção de provas corporais.....	72
6.3.2.1 Provas não invasivas.....	73
6.3.2.2 Provas invasivas.....	73
7 CONCLUSÃO.....	77
BIBLIOGRAFIA.....	79

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é construir uma análise científica, de natureza crítica, por meio de pesquisa bibliográfica, sobre o processo penal do inimigo. Através do método dedutivo partimos da análise dos princípios constitucionais e do direito processual penal constitucional para aferirmos a possibilidade de um direito processual penal do inimigo no direito brasileiro.

Para dar suporte à pesquisa em questão faz-se necessário uma análise prévia, ainda que superficial, mas suficientemente robusta, dos conceitos de direito processual penal constitucional e dos princípios constitucionais do processo penal, marcando as relações entre o Direito Processual Penal e o Direito Constitucional, notadamente no que se refere às garantias constitucionais.

Dentre os princípios constitucionais destacamos a proporcionalidade para uma análise mais aprofundada, uma vez que ela é o grande pilar do Direito Penal e Processual do inimigo, utilizada como alicerce da flexibilização das garantias constitucionais.

Posteriormente investigamos os conceitos e o significado do Direito Penal do Inimigo, com suas características e com as pretensões lançadas diante daquele denominado como inimigo, sem que tenhamos deixado de lado o fato de que não se pode retirar de nenhuma pessoa a natureza de ser humano.

Pinçamos dentre as características do Direito Penal do Inimigo, defendido pelo grandioso penalista alemão Günther Jakobs, aquela que prega a flexibilização de garantias processuais penais e daí a análise do Direito Processual Penal do Inimigo, uma vez que para falarmos de flexibilização de garantias processuais penais temos, obrigatoriamente, que ingressar no ramo do Direito Processual Penal.

Jakobs houve por bem não utilizar a expressão Direito Processual Penal do Inimigo, mas ela se justifica, pois o Direito Penal somente pode alcançar a pessoa, o cidadão ou o inimigo, através do processo.

Sendo o processo penal, organizado conforme balizas constitucionais, uma verdadeira garantia do cidadão em face do próprio Estado, realizamos uma abordagem sobre a legitimidade do Processo Penal do Inimigo em confronto com os valores e ideais de nossa carta política.

Por fim, elegemos algumas hipóteses de Direito Processual Penal do Inimigo que já se encontram em nossa legislação, fazendo uma abordagem crítica desses casos.

2 O PROCESSO PENAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal gera influência sobre todos os ramos do Direito, pois é ela que define os objetivos do Estado.

A lei maior irradia mandamentos sobre todos os ramos do Direito que obrigatoriamente devem ser observados, pois a norma constitucional goza de hierarquia superior.

Uma lei fundamental que tenha hierarquia superior e rigidez garantem maior estabilidade e segurança jurídica. Garante inclusive que o ordenamento jurídico do Estado estará protegido contra regras que não estejam de acordo com os objetivos e o modelo de Estado proposto.

Os demais ramos do Direito devem buscar correspondência nas balizas constitucionais, como única forma de garantir sua legitimidade e validade jurídica.

Com o Direito Processual Penal não é diferente. As regras e os institutos que disciplinam o processo penal devem estar de acordo com a Constituição Federal.

Merece especial atenção os princípios constitucionais que se referem ao processo penal, pois são eles que traçam os limites para o exercício do poder/dever de punir do Estado.

O processo penal, por representar uma garantia do acusado ou réu sobre os limites do poder punitivo estatal, configura espaço onde não pode ser admitida exceção à aplicação de um princípio constitucional, onde não pode ser desrespeitada a baliza constitucional.

Admitir regras e institutos que estão em desacordo com o texto constitucional dentro do Direito Processual Penal, pode conduzir o Estado a um patamar de insegurança jurídica e incertezas capazes de subverter a ordem democrática.

2.1 Direito Processual Penal Constitucional

No Código de Processo Penal, em sua origem, a figura do Estado ocupava posição de privilégio em face do indivíduo (BIZZOTTO e RODRIGUES, 1998, p. 1-2), dando especial atenção à segurança pública com o objetivo de coibir a prática de delitos.

Em breves palavras, Bizzotto e Rodrigues (1998, p. 2-3) sintetizam bem a evolução desde a edição do Código de Processo Penal:

Com o passar dos anos e dos acontecimentos políticos e sociais, novas concepções foram amadurecendo. Novas Constituições vieram, consagrando novos Estados. Durante o desenrolar histórico, houve espaço para um outro período de autoritarismo. Frisa-se que, apesar da retomada da democracia e da volta de um regime de exceção, o Código de Processo Penal de 1941 continuou sendo o estatuto Processual Vigente, pouco se discutindo a recepção de suas normas pelos novos ordenamentos constitucionais.

Os estudiosos do Direito não ficaram alheios a esta inserção cada vez maior de regras do processo nos textos constitucionais. Segundo Antonio Scarance Fernandes (2003, p. 16):

Do íntimo relacionamento entre processo e Estado deriva a introdução cada vez maior nos textos constitucionais de princípios e regras de direito processual, levando ao desenvolvimento de estudos específicos sobre as normas processuais de índole constitucional.

Até que chegamos a Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo uma série de princípios garantistas que incidiram diretamente sobre o processo penal, exigindo uma nova visão do acusado/réu e do próprio processo penal e seus institutos.

Na avaliação de Bizzotto e Rodrigues (1998, p. 3):

Tamanha e tão justa importância deu esta Constituição aos direitos e garantias do cidadão, que colocou estas normas no início do texto, indo na

contramão de Constituições passadas. Tais Cartas colocavam as garantias fundamentais em posição secundária à do sistema através da formalidade redacional, denotando o descaso ideológico com o garantismo.

Também por isso, a nossa atual Carta Constitucional é conhecida como Constituição cidadã.

Ainda segundo Bizzotto e Rodrigues (1998, p. 11), o “garantismo tem como fundamento a proteção máxima dos cidadãos, restringindo a atuação estatal a limites efetivamente compatíveis com os princípios constitucionais fundamentais”.

Tais princípios constitucionais irradiaram efeitos que incidiram diretamente sobre o processo, exigindo, em muitos casos, novas interpretações das normas processuais penais.

Sidney Eloy Dalabrida (2005, p. 50-51) estabelece que:

Diante da nova ordem estabelecida com o Texto Político de 88, é imperioso que o manejo dos instrumentos processuais penais contemplados no Código de Processo Penal e Leis Processuais Extravagantes se realize de modo a com ele harmonizar-se. A identificação de sua validade material, encontrada a partir de sua capacidade de conformação com os valores constitucionalmente consagrados, constitui-se em operação fundamental. Em outros termos, a leitura constitucional do Processo Penal é condição de legitimidade para qualquer intervenção persecutória.

Aury Lopes Junior (2008, p. 107) traz alguns exemplos da releitura que devemos fazer dos institutos do processo penal:

Lidamos com o processo penal desde um olhar constitucional, buscando efetivar a filtragem que o Código de Processo Penal exige para ter aplicação conforme a Constituição. Nessa tarefa, existem princípios que fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma (re)leitura de todos os institutos do processo penal brasileiro. Significa dizer que não se pode mais, por exemplo, pensar a prisão cautelar senão à luz da presunção (constitucional) de inocência; a garantia da jurisdição exige a observância do princípio do juiz natural; o inquérito policial deve ser constitucionalizado para permitir certo nível de contraditório e direito de defesa; e assim por diante.

Em razão dessa preocupação constitucional com o processo penal, como forma de proteger o indivíduo em face do Estado, surge a expressão Direito

Processual Penal Constitucional que é muito bem delineada por Cintra, Grinover e Dinamarco (1998, p. 79-80):

Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.

O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais.

A Constituição Federal de 1988 desenha uma nova forma de enxergar o indivíduo enquanto pessoa, e essa nova visão sobre o ser humano reflete na forma de encarar o acusado, que não perde a condição de indivíduo, pessoa ou ser humano pelo simples fato de estar sendo investigado ou acusado pela prática de um delito.

A propósito, vejamos a advertência que faz Aury Lopes Junior (2008, p. 9):

O processo penal não pode mais ser visto com um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Diante de tais ensinamentos, podemos concluir que o direito processual penal constitucional nada mais é senão o estudo do processo penal à luz dos valores eleitos pelo poder constituinte e estampados na Constituição Federal.

Conforme Marcelo Novelino (2010, p. 190) “cabe à Constituição a tarefa de consagrar os valores supremos e fundamentais de uma sociedade”.

Essa consagração é feita através de princípios e regras.

Com efeito, relata ainda Novelino (2010, p. 190), sobre a relação existente entre os valores, os princípios e as regras:

Os princípios representam o primeiro estágio de concretização dos valores jurídicos, seguidos das regras, que são concretização dos princípios... A proximidade entre os princípios constitucionais e os valores supremos da sociedade maximiza ainda mais sua importância como critério de decisão a ser considerado nos discursos normativos.

Esses valores constitucionais podem entrar em conflito diante de um caso concreto, cabendo ao intérprete a acomodação da incompatibilidade aparente de forma harmônica.

2.2 Conflito de Valores Constitucionais

O conflito de valores constitucionais ocorre quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos (CANOTILHO, 2002, p. 1255).

Nucci (2012, p. 89) defende a harmonia das normas constitucionais, uma vez que, segundo ele, nenhum direito ou garantia fundamental é absoluto, vejamos:

Quanto à harmonia das normas constitucionais, no cenário dos direitos e garantias humanas fundamentais, cremos em sua plena viabilidade. Não deve haver direito ou garantia fundamental prevalente, em caráter absoluto, quando confrontado com outro direito ou garantia fundamental. Não fosse assim, haver-se-ia de eleger um critério, que, no fundo, jamais iria atender os autênticos reclamos da sociedade.

A harmonização dos valores constitucionais é necessária pelo simples fato de não se poder ter tudo ao mesmo tempo, por absoluta inviabilidade lógica (NUCCI, 2012, p. 396).

Robert Alexy (2011, p. 62) ensina que:

O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais trouxe à luz conjunturas extremamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer.

O mesmo autor propõe a diferenciação entre regra que são “normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente” e princípios que são “deveres a serem otimizados” (ALEXY, 2011, p. 37).

No caso de conflitos entre regras, Robert Alexy (2011, p. 65) propõe três caminhos:

Primeiro, a declaração, pelo menos, de uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não vinculativa, segundo, a declaração, pelo menos, de uma das normas como não aplicável ou correspondente e, terceiro, o encaixe, livre de ponderação, de uma exceção em uma de ambas as normas.

Assim, havendo conflito de normas, deve ser verificada a ocorrência da revogação ou da aplicação do princípio da especialidade.

No caso da colisão entre princípios, o mesmo autor, defende que a solução deve ser dada pela ponderação.

Ponderação, segundo ele, corresponde a proporcionalidade em sentido estrito. Prossegue Robert Alexy (2011, p. 67-68), defendendo que:

O princípio da proporcionalidade em sentido restrito deixa formular-se como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais diz: Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.

Nesse sentido também lecionou Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 155):

A finalidade do princípio da proporcionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. O princípio autoriza somente restrições ou limitações que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis. Operacionaliza-se mediante um procedimento metódico racional, o qual pressupõe (a) a existência de uma estrutura meio-fim, (b) que o fim seja constitucional, (c) que se identifiquem as circunstâncias relevantes do caso (na hipótese de colisão de direitos fundamentais) e, (d) que, por fim, apliquem-se, sucessivamente, os três princípios parciais constitutivos.

A importância da ponderação não está somente na solução da colisão de direitos fundamentais, mas também porque ela viabiliza aos problemas teórico-constitucionais, um caminho intermediário entre a vinculação e a flexibilização (ALEXY, 2011, p. 69).

Trata-se, em verdade, de extrair o verdadeiro sentido dos valores constitucionais.

Com efeito, Paulo Bonavides (2000, p. 251) conclui que: “se as regras têm que ver com a validade, os princípios têm muito que ver com os valores”.

De forma exemplificativa, leciona Canotilho (2002, p. 1258):

Os direitos fundamentais são sempre direitos *prima facie*. Se, nas circunstâncias concretas, se demonstrar, por ex., a alta probabilidade de o julgamento público de um indivíduo pôr em risco o seu direito à vida (risco de enfarte), a ponderação de bens racionalmente controlada justificará, nesse caso, o adiamento da audiência de discussão e julgamento. O direito à vida tem, nas circunstâncias concretas, um peso decisivamente maior do que o exercício da ação penal. Do mesmo modo, a colisão entre o direito à vida, mais concretamente, o direito de nascer, e o direito à interrupção da gravidez por motivos crimínógenos (a gravidez resulta de crime de violação), só pode decidir-se quando se demonstre que, num caso concreto, o nascituro é <<filho do crime>>, podendo o legislador solucionar o conflito, excluindo, nestes casos, a licitude ou a culpa no comportamento dos intervenientes na interrupção da gravidez.

Desta forma, uma eventual relação de prevalência somente pode se verificar em face de circunstâncias concretas, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (CANOTILHO, 2002, p. 1258).

Tão importante quanto cada princípio que veremos abaixo é a possibilidade de existência harmônica entre eles e o direito/dever de punir do Estado, onde nenhum deles tem valor absoluto.

2.3 Princípios Processuais Penais Constitucionais

Antes de ingressarmos na análise de cada um dos principais princípios constitucionais que interessam ao processo penal e ao presente estudo, faz-se necessária uma definição do termo princípio.

A própria etimologia da palavra nos traz a ideia de origem, começo, nascedouro. Tal ponto de partida não está de todo errado, pois podemos definir os princípios como fonte de onde provem os mandamentos legais.

De forma mais precisa, Robert Alexy (2011, p. 37) leciona que:

Princípios contém, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contem um dever definitivo, mas somente um dever-*prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Pode expressar-se isso abreviadamente, embora um pouco inexatamente, pelo fato de se designar princípios como “mandamentos de otimização”. Como mandamentos ideais, princípios exigem mais do que é possível realmente.

Por sua vez, José Afonso da Silva (1999, p. 96) afirma que princípios são “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.

Sobre a importância dos princípios constitucionais dissertou Paulo Bonavides (2000, p. 265):

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

Tratando mais especificamente do ramo penal e processual penal leciona Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 43):

Por derradeiro, em nosso entendimento, todos os princípios garantistas, que regem as matérias de penal e processo penal, diretamente vinculadas aos mais relevantes valores humanos, são sempre princípios, na mais pura acepção, não se confundindo com meras regras ou normas. Ilustrando, a ampla defesa é um princípio, apto a superar qualquer entrave colocado pela legislação ordinária, merecendo ser consagrado na aplicação cotidiana pelos operadores do direito. Logo, não se pode considerá-la simples regra. O mesmo ocorre com o princípio do juiz natural e imparcial, base fulcral da credibilidade no Judiciário, como Poder de Estado, legitimado a dispor de interesses, valendo-se de medidas coercitivas, se necessário for.

A ideia de valorização e supremacia dos princípios constitucionais penais e processuais penais deve ser enaltecida e lançada como meta para a composição com as demais normas do sistema. Nesse entrelaçamento, o império a ser construído depende da fiel observância dos comandos mais importantes, encarnados pelos princípios.

Vários são os princípios constitucionais que irradiam efeitos no ramo do Direito Processual Penal, elegemos abaixo, de forma mais de talhada, aqueles de maior importância para análise do Direito Processual Penal do Inimigo.

2.3.1 Princípio do devido processo legal

A raiz do princípio do devido processo legal remonta à Magna Carta de 1215 que estabeleceu: “nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra” (NUCCI, 2012, p. 69).

Prossegue Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 69) retratando o cenário da época:

Buscou-se uma garantia e uma proteção contra os desmandos do rei, encarnando a época autoritária absoluta na Inglaterra. Não mais seria possível admitir-se a prisão ou a perda de bens de qualquer pessoa em virtude de simples capricho do governante. A tolerância havia atingido seu limite, tornando-se essencial o surgimento do princípio da legalidade ou reserva legal, determinando o império da lei sobre a vontade do rei.

Desde sua origem na Magna Carta até a previsão na Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso LIV, estabelece que: “ninguém será

privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, praticamente não houve mudança em seu sentido literal.

Antonio Scarance Fernandes (2003, p. 31) faz uma brilhante advertência sobre a forma de enxergar o processo e a atividade das partes à luz do princípio do devido processo legal:

É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperada, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do exagerado intervencionismo estatal. Prestigiar a ação é ressaltar a atividade do autor em detrimento da atuação do Estado e da defesa. Colocar a defesa como a razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra. O processo é o ponto de convergência e de irradiação. É nele e por meio dele que alguém pode pleitear a afirmação concreta de seu direito. É através do processo que o juiz, como órgão soberano do Estado, exerce a sua atividade jurisdicional e busca, para o caso, a solução mais justa.

Reflexo desse posicionamento é, na atualidade, o destaque dado ao exame das garantias do devido processo legal, abrangendo-se nelas as garantias das partes e da atividade jurisdicional.

O devido processo legal é garantia de que os intervenientes no processo não serão meros expectadores, mas poderão participar ativamente na construção da decisão.

O devido processo legal é a matriz de onde provêm os demais princípios processuais penais constitucionais. Com efeito, em outras épocas, quando esses princípios não eram previstos expressamente, era o devido processo legal a fonte de todas essas garantias (BIZZOTTO e RODRIGUES, 1998, p. 18).

Não é mais o devido processo legal uma garantia apenas de cunho estritamente processual, conforme ensina com propriedade Antonio Scarance Fernandes (2003, p. 43):

A doutrina vai além, deixando de circunscrever a garantia a âmbito estritamente processual, para dar-lhe uma feição substancial. Exige-se um processo legislativo de elaboração de lei previamente definido e regular, bem como razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais. Há uma face substancial do devido processo legal, que se mostra através da aplicação, ao caso concreto, das normas preexistentes, que não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas.

Sobre essa feição substancial do princípio do devido processo legal, discorreu Fredie Didier Junior (2013, p. 50):

Nos EUA, desenvolveu-se a dimensão substancial do devido processo legal. Um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas.

Não basta o simples respeito à ordem legal dos atos e prazos previstos em lei para que o devido processo legal seja cumprido, é necessário mais, ou seja, que o processo seja instrumento para a obtenção de decisões justas.

O devido processo legal preocupa-se também com o mérito da decisão e não apenas com a forma ou formalidades dos atos e prazos praticados até a prolação da decisão.

Nesse sentido também é o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 490):

A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares.

A experiência jurídica brasileira deu ao devido processo legal uma roupagem bem peculiar, considerando-lhe o fundamento de nível constitucional das máximas da proporcionalidade e da razoabilidade (DIDIER JUNIOR, 2013, p. 50).

2.3.2 Princípios do contraditório e ampla defesa

Os princípios do contraditório e ampla defesa vêm previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nos dizeres de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 313-314):

O contraditório significa a oportunidade concedida a uma das partes para contestar, impugnar, contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária a seu interesse. Inexiste incentivo para contradizer um fato, com o qual se concorda, ou uma prova, com a qual se está de acordo. Logo, a abertura de chance para analisar e, querendo, contrariar já é suficiente exercício do contraditório, vale dizer, não é a expressa manifestação contrária de uma parte, dirigida a outra, que faz valer o contraditório. Este emerge legítimo, quando se concede a oportunidade para manifestação em relação a algo, no processo, mesmo que não seja utilizada.

O próprio Nucci (2012, p. 313) estabelece a relação entre o contraditório e ampla defesa ao afirmar que “o contraditório compõe uma das mais relevantes faces do devido processo legal, associado, sob o prisma do acusado, à ampla defesa”.

Com maestria arremata Antonio Scarance Fernandes (2003, p. 267) ao enunciar que:

Não se vislumbra, contudo, entre a defesa e o contraditório relação de primazia ou derivação. Defesa e contraditório então intimamente relacionados e ambos são manifestações da garantia genérica do devido processo legal. O processo, pela sua própria natureza, exige partes em posições opostas, uma delas necessariamente em posição de defesa, e para que, no seu desenvolvimento, seja garantida a correta aplicação da Justiça, impõe-se que cada um tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária. São assim, a defesa e o contraditório, como também a ação, manifestações simultâneas, ligadas entre si pelo processo, sem que um instituto derive do outro.

Por tudo isso é evidente a ligação entre a defesa e o contraditório e claro o paralelismo que se forma entre ação e defesa.

Sobre a importância da ampla defesa lecionam Alexandre Bizzotto e Andréia de Brito Rodrigues (1998, p. 27):

O princípio da ampla defesa advém da maturidade da sociedade, a qual procura encarar seus defeitos de forma dialética. Negar a defesa para quem quer que seja é condenar a própria sociedade a um regime de insegurança,

pelo qual qualquer pessoa pode ser atingida, por melhor que seja para os padrões momentâneos da sociedade.

Finalizando os princípios do contraditório e ampla defesa e já abrindo campo ao princípio do estado de inocência, trazemos o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 291): “a normal situação do ser humano é a condição de inocente, até que se prove a culpa, valendo-se do devido processo legal, de onde sobressai a ampla defesa” e também, porque não, o contraditório.

2.3.3 Princípio do estado de inocência

O princípio do estado de inocência (BONFIM, 2012, p. 85) é também denominado de princípio da presunção de inocência (NUCCI, 2012, p. 264), princípio da não-culpabilidade (BIZZOTTO e RODRIGUES, 1998, p. 29), direito a não-consideração prévia de culpabilidade (TUCCI, 2009, p. 312).

Preferimos, assim como Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 85) a denominação de estado de inocência ou não culpabilidade, por se aproximar mais do mandamento constitucional que o consagra.

A propósito, a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVII, consagra tal princípio estabelecendo que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Sobre a melhor denominação adverte Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 85):

No caso, o que se tem mais propriamente é a consagração de um princípio de não culpabilidade, até porque a Constituição Federal (art. 5º, LVII), não afirma presumir uma inocência, mas sim garantir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art.5º, LVII). Assim, o princípio em questão alberga uma garantia constitucional, referindo-se pois, a um “estado de inocência” ou de “não-culpabilidade”.

Rogério Lauria Tucci (2009, p. 313) traz o significado do princípio em tela:

Consiste ele na asseguuração, ao imputado, do direito de ser considerado inocente até que sentença penal condenatória venha a transitar formalmente em julgado, sobrevindo, então, coisa julgada de autoridade relativa.

Sobre sua importância leciona Aury Lopes Junior (2008, p. 179):

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo.

Dentre os princípios constitucionais do processo penal é esse o mais expressivo, traduzindo-se na própria essência do sistema processual penal adotado pela Constituição (MEDINA, 2005, p. 51).

Aury Lopes Junior (2008, p. 182) defende ainda que a presunção de inocência atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele, nos seguintes termos:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – principalmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?).

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

Não basta ao julgador ter uma postura negativa de não considerar o acusado culpado antes do trânsito em julgado, mas sim uma postura positiva, qual seja, a de trata-lo efetivamente como inocente (LOPES JUNIOR, 2008, p. 179).

2.3.4 Princípio do juiz natural

O juiz natural é aquele anteriormente previsto como competente para apreciar e julgar uma determinada ação.

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 330-331) traz uma completa definição do juiz natural, segundo ele:

O juiz natural é aquele destinado, por critérios legais, antecipados e lógicos, sem artificialismo, a analisar determinada causa concreta, guardando equidistância das partes. Em verdade, cuida-se de um órgão judiciário criado para aguardar futuras demandas, figurando como guardião dos direitos e garantias individuais. Por isso, menciona a Constituição Federal que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII). A competência, como se sabe, é a medida da jurisdição, pronta a ser exercitada dentro de determinado território, conforme matéria especificamente delineada, cumprindo os padrões de respeitabilidade das prerrogativas de funções.

Na lição de Antonio Scarance Fernandes (2003, p. 127) trata-se de garantia do juiz natural que, embora dúplice: proibição de tribunais extraordinários e impedimento à subtração da causa ao tribunal competente, contém três regras de proteção, a saber:

- 1.^a) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição;
- 2.^a) ninguém pode ser julgado por órgãos instituídos após o fato;
- 3.^a) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Visa assim, garantir que o julgamento não seja direcionado, ou que o julgador não seja escolhido porque entende desta ou daquela maneira. Está intimamente ligado à imparcialidade do juiz.

Rogério Lauria Tucci (2009, p. 99), fazendo referência aos incisos XXXVII, LIII e XXXVIII do artigo 5º, da Constituição Federal, defende que:

Como é fácil de perceber, à simples leitura dessas indicadas disposições constitucionais, elas, reciprocamente, se completam, ao estatuírem a exigência de pré-constituição do órgão jurisdicional penal competente; vale dizer, de que somente pode conhecer e julgar as causas criminais o agente do Poder Judiciário – juiz ou tribunal – cuja competência esteja previamente delimitada pela legislação em vigor na época do cometimento da ação delituosa.

Não se contentou a Constituição Federal em garantir o julgamento por júízo previamente estabelecido, mas ainda que de forma implícita, garantiu também a possibilidade de revisão da decisão proferida pelo júízo natural.

2.3.5 Princípio do duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição está relacionado à necessidade humana de não ficar satisfeita com uma única apreciação da controvérsia, garantindo o direito a um novo julgamento se uma primeira apreciação for contrária a seus interesses.

O princípio do duplo grau de jurisdição não é garantido constitucionalmente de modo expresso (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO 1998, P. 74), mas existe de forma implícita.

Nesse sentido, sintetiza Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 394-395):

A sua inserção constitucional implícita deve-se à expressa previsão na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8, item 2, h), ingressando pela porta do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que admite outros princípios, além dos expressamente previstos nos demais incisos do art. 5º.

Além disso, observa-se o sistema recursal previsto no capítulo destinado ao poder Judiciário, constatando-se que várias ações possuem o duplo grau previsto no texto constitucional.

Busca também garantir a própria Justiça, pois a análise de um mesmo fato em mais de um momento passa a ideia de que a decisão é mais justa.

Seu significado é muito bem extraído por Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 99):

Princípio segundo o qual as decisões podem ser revistas por órgãos jurisdicionais de grau superior, por meio da interposição de recursos. Abrange tanto as questões de fato quanto as questões de direito, alcançando as sentenças e as decisões interlocutórias.

Prossegue este autor advertindo casos em que o princípio do duplo grau encontra-se mitigado. Trata-se dos casos em que a Constituição Federal estabelece a competência originária do Supremo Tribunal Federal e também de algumas decisões proferidas nos juizados especiais, pois o órgão dotado de competência recursal compõe-se de magistrados que atuam em primeira instância (BONFIM, 2012, p. 99).

2.3.6 Outros princípios

Há ainda outros princípios constitucionais que interessam ao processo penal, dentre os quais podemos citar os princípios da vedação das provas ilícitas, da publicidade, da motivação dos atos judiciais, da razoável duração do processo e da proporcionalidade.

Com efeito, podemos citar o princípio da vedação das prova ilícitas que encontra previsão no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e, nos dizeres de Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 89), significa “uma vedação a que o juízo adote, como elemento de convencimento no curso do processo penal, elementos de prova obtidos por meios considerados ilícitos”.

O princípio da publicidade, por sua vez, vem previsto no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal e garante a possibilidade, tanto às partes quanto à sociedade, de exercer o controle sobre os atos praticados em juízo (BONFIM, 2012, p. 91).

Podemos mencionar ainda o princípio da motivação dos atos judiciais, com previsão no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, que visa proteger as decisões judiciais da parcialidade e do arbítrio (MEDINA, 2005, p. 41).

O princípio da razoável duração do processo foi tipificado pela Emenda Constitucional nº 45, que incluiu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal com intuito de assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (NOVELINO, 2010, p. 452).

Por fim, temos ainda o princípio da proporcionalidade, bastante importante para o presente estudo, motivo pelo qual sua análise foi destacada em um capítulo apartado.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade merece atenção especial neste estudo porquanto representa fundamento importante da adoção do Direito Penal e Processual Penal do Inimigo em nosso ordenamento, respaldado na sua face denominada de proibição da proteção deficiente.

Entretanto o princípio da proporcionalidade não pode ter uma aplicação que desnature o seu verdadeiro significado. Praticamente tudo pode ser proporcional sob um ou outro ponto de vista, mas nem tudo é proporcional se visto à luz da Constituição Federal, sob a ótica dos princípios constitucionais.

Mais uma vez a Constituição Federal desempenha papel importante na definição dos objetivos do Estado, pois somente com o cotejo dos princípios constitucionais poderemos chegar à conclusão do que é ou não proporcional.

3.1 Origem Histórica

A ideia de proporção está intimamente ligada à própria raiz da ciência do Direito onde, segundo Ávila (2012, p. 183): “fala-se em proporção como elemento imemorial de Direito, que tem a função de atribuir a cada um a sua proporção”.

Entretanto, adverte Suzana de Toledo Barros (2000, p. 35):

O germe do *princípio da proporcionalidade*, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

Luciano Feldens (2008, p. 81), por sua vez, leciona que:

A declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamaria, em seu art. 8º, que *a lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias*. Desde então, o princípio da proporcionalidade, originalmente concebido para antepor-se diante do poder público, se albergaria implicitamente no princípio da legalidade e, nessa condição, passaria a irrigar o sistema normativo como um todo.

Foi, entretanto, no direito alemão que o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido, tendo como subsídio decisões do Tribunal Constitucional Federal daquele país.

Nesse sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 179) dissertaram que:

O conceito foi inicialmente elaborado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. Segundo decisão prolatada na década de 60, o “princípio” (Prinzip) da proporcionalidade “resultaria da própria substância dos direitos fundamentais”. Em seguida, o mesmo tribunal afirmou que, por essa razão, a proporcionalidade, embora não positivada no texto constitucional, possui status constitucional.

Caso interessante da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal alemão é o denominado “caso das farmácias”, retratado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2008, p. 281).

Segundo os mesmos autores, resumidamente, a situação foi a seguinte: um farmacêutico alemão teve indeferido o alvará de funcionamento para abrir uma farmácia na região da Alta Baviera, fundamentado em uma lei local que exigia entre os requisitos a necessidade em face do interesse público e proteção do mercado farmacêutico como um todo, o que levava a autoridade competente a fixar uma relação ideal entre o número de farmácias e a de habitantes (DIMOULIS e MARTINS, 2008, p. 281).

Em razão desse indeferimento foi apresentada uma reclamação constitucional que foi julgada procedente pelo Tribunal Constitucional Federal alemão com aplicação do princípio da proporcionalidade. Dimoulis e Martins (2008, p. 300) trazem o cerne da decisão da seguinte forma:

Na decisão se afirma, em síntese, que o propósito ao qual a intervenção serve deve ser tão importante quanto mais intensa for a intervenção. Somente um propósito muito importante poderia justificar o uso de um meio mais gravoso. O Tribunal Constitucional Federal estabelece de fato uma “proporção” entre a importância do propósito e a (permitida) intensidade do meio de intervenção.

Vislumbra-se desta decisão que, ao sentir do tribunal alemão, faltou proporcionalidade entre a proibição e a liberdade do exercício profissional.

Através de decisões semelhantes a esta a doutrina alemã desenvolveu o princípio da proporcionalidade, que se espalhou para sistemas jurídicos de outros países.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade não foi previsto no texto constitucional de forma expressa, mas é parte integrante de nosso sistema constitucional de forma implícita (NOVELINO, 2010, p. 181), desempenhando papel importante na aplicação de outros princípios constitucionais.

3.2 Natureza Jurídica

A definição da natureza jurídica do princípio da proporcionalidade não é pacífica na doutrina.

Edilson Mougnot Bonfim (2012, p. 101) defende tratar-se de um princípio mais importante, senão vejamos:

Aduz-se não ser apenas um “princípio”, tal como estes são tradicionalmente concebidos, mas um princípio mais importante, um “princípio dos princípios”, ou um “superprincípio”, porque, enquanto todos os demais princípios jurídicos são relativos (não absolutos) e admitem flexibilizações ou balanço de valores, o princípio da proporcionalidade é um método interpretativo e de aplicação do direito para a solução do conflito de princípios – metáfora da colisão de princípios – e do balanço dos valores em oposição (ex.: tutela da intimidade em oposição à proteção da segurança pública), não se flexibilizando, configurando-se assim em um princípio absoluto. É a nossa posição.

Humberto Ávila (2012, p. 183) entende que se trata de postulado normativo e assim discorre:

Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

Conforme se infere do texto em destaque o autor entende que o postulado da proporcionalidade seria uma metanorma que traz critérios norteadores para aplicação de outras normas e princípios.

Dimoulis e Martins (2008, p. 178) advertem sobre a “opção de qualificar a proporcionalidade como regra e não como princípio” e mais abaixo (p. 197) justificam:

O exame da proporcionalidade valoriza a harmonia entre os titulares das funções legislativa e jurisdicional, ao mesmo tempo em que se observa o princípio da democracia no quadro do Estado constitucional de direito contemporâneo. Nesse âmbito, a proporcionalidade deve ser entendida como regra ou critério decisório para problemas de concretização dos direitos fundamentais, principalmente colimando-se o seu efeito clássico de representar óbice à ação estatal.

Sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal leciona Luciano Feldens (2008, p. 82):

No Brasil, o STF inclina-se por vislumbrar a proporcionalidade como postulado constitucional que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal, em sua perspectiva substancial (art. 5º, inc. LIV, da CF).

Independente da denominação: norma, princípio, postulado normativo, trata-se de um conceito da maior importância que, se utilizado conforme os valores constitucionais, garante a estabilidade do sistema processual penal.

3.3 Requisitos Intrínsecos

A doutrina é pacífica em fragmentar a proporcionalidade em requisitos intrínsecos ou subprincípios (FERNANDES, 2003, p. 54), parciais (FELDENS, 2008, p. 82), exames inerentes à proporcionalidade (ÁVILA, 2012, p. 187), subcritérios (DIMITRI e MARTINS, 2008, p. 197) ou subprincípios constitutivos (CANOTILHO, 2002, p. 269).

Nesse sentido é o ensinamento de Suzana de Toledo Barros (2000, p. 75):

Para tanto, tomar-se-á como referência a concepção estrutural reconhecida pela generalidade da doutrina alemã, segundo a qual o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), os quais, em conjunto, dão-lhe a densidade indispensável para alcançar a funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.

Luciano Feldens (2008, p. 82) assim sintetizou cada um desses requisitos intrínsecos:

Um meio é considerado adequado “quando mediante sua utilização torna-se possível lograr o resultado desejado”; é necessário (exigível) “quando o legislador não poderia ter optado por um meio distinto, igualmente eficaz, que não limitasse, ou que o fizesse em menor grau o direito fundamental” [BverfGE 30, 292]. A proporcionalidade em sentido estrito, a seu turno, estaria a exigir um juízo concreto de ponderação, havendo de verificar-se a partir da constatação de que a gravidade da intervenção e suas razões justificativas devem estar em adequada proporção, a indicar que as vantagens da promoção do fim superam as desvantagens da intrusão no âmbito do direito fundamental restringido.

O exame desses elementos conduz ao teste da proporcionalidade (ESTEFAM, 2010, p. 124) ou “teste alemão” (BONFIM, 2012, p. 102).

Tais requisitos devem ser concomitante ou sucessivamente atendidos (BONFIM, 2012, p. 102).

Passamos agora ao exame mais aprofundado de cada um dos requisitos intrínsecos da proporcionalidade.

3.3.1 Adequação

Neste primeiro requisito da proporcionalidade é verificado se a medida ou restrição é adequada. Fernandes (2003, p. 54) assevera que:

A restrição imposta pela lei ou por ato de agente ou órgão de Estado, é adequada se apta a realizar o fim por ela visado. Não será admitido o ataque a um direito do indivíduo se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido.

Facilitando a compreensão deste primeiro requisito intrínseco da proporcionalidade Suzana de Toledo Barros (2000, p. 76) propõe a seguinte indagação: “o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?”. Se a resposta for afirmativa estará preenchido o requisito da adequação.

Caso a medida seja adequada, ou seja, mostre-se apta a alcançar os objetivos pretendidos, passa-se a análise do segundo requisito, o da necessidade.

3.3.2 Necessidade

No requisito da necessidade preocupa-se em verificar se há outro meio menos gravoso, ou se o meio escolhido é mesmo necessário para a garantia do direito fundamental.

Humberto Bergmann Ávila (2012, p. 192-193) leciona brilhantemente sobre o segundo requisito da proporcionalidade:

O exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou

Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados. Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o exame da igualdade de adequação dos meios, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo, para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.

Adverte Suzana de Toledo Barros (2000, p. 81) que “o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional”.

De forma simples, Antonio Scarance Fernandes (2003, p. 54-55) sintetiza o requisito da necessidade ao afirmar que: “Não basta a adequação do meio ao fim. Além de ser o meio mais idôneo, deve ocasionar a menor restrição possível”.

3.3.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Sobre o último requisito da proporcionalidade leciona Luciano Feldens (2008, p. 85):

Também entendido como princípio da justa medida, por meio do qual são pesadas as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins, esse exame sugere que o meio utilizado não pode se demonstrar desproporcional (em concreto) em relação ao fim perseguido. À diferença do que se sucede com os juízos de adequação e necessidade, nos quais o fim figura tão-somente como um ponto de referência, na análise da ponderação a finalidade de intervenção constitui um elemento essencial da mesma, de sorte que a relevância do fim perseguido se faz ponderar com a relevância do prejuízo causado ao direito fundamental, razão pela qual torna-se fundamental determinar a importância que a Constituição concede à consecução do referido fim.

Humberto Bergmann Ávila (2012, p. 195) com objetivo de auxiliar na identificação da proporcionalidade em sentido estrito propõe a seguinte indagação:

O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde a desvalia da restrição causada?

Concluída a análise dos requisitos intrínsecos da proporcionalidade passaremos agora a análise de duas de suas vertentes, quais sejam: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

3.4 Vertentes da Proporcionalidade

Assim como a definição da natureza jurídica, também não é pacífica na doutrina a divisão da proporcionalidade em duas vertentes: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

Humberto Bergmann Ávila (2012, p. 187) afirma tratar-se de dois postulados diversos:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com o da proibição do excesso: esse último veda a restrição da eficácia mínima de princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido, enquanto a proporcionalidade exige uma relação proporcional de um meio relativamente a um fim.

Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 104) admite a dupla vertente do princípio da proporcionalidade e já adverte sobre o seu alcance:

Note-se que ambas as modalidades do princípio da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente) se aplicam não somente à criação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Legislativo), mas também à aplicação da lei processual (dirigindo o princípio ao Poder Judiciário).

José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 273), utilizando a expressão proibição do excesso como sinônimo de proporcionalidade e definindo a proibição da proteção deficiente como “defeito de proteção”, ensina que:

O sentido mais geral da proibição do excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há porém, um outro lado da proteção que, em vez de salientar o excesso, releva a proibição por defeito (*Untermassverbot*).

Rogério Grecco (2011, p. 113), por sua vez, também defende a existência da dupla vertente da proporcionalidade, dissertando que podemos “extrair duas importantes vertentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a proibição do excesso (*Überrmassvebot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*)”.

A proporcionalidade significa a justa medida entre a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente.

3.4.1 Proibição do excesso

A proporcionalidade na vertente da proibição do excesso visa evitar a ação excessiva, coibindo a prática de uma coação maior que a necessária.

Comentando dispositivo da Constituição Portuguesa, onde o princípio da proibição do excesso é expresso, leciona José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 269):

Trata-se, afinal, de um controlo de natureza equitativa que, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e sem afectar a certeza do direito, contribui para a integração do “momento de justiça” no palco da conflitualidade social.

Tratando especificamente do ramo do Direito Processual Penal, leciona Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 101-102) que a modalidade “proibição do excesso”:

... implica a proibição de que o Estado, ao agir, tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique em sua atividade qualquer excesso. Assim, o princípio da proporcionalidade é também conhecido como princípio da “proibição do excesso” (do alemão, de onde se origina, literalmente, *Übermassverbot*), na medida em que, a pretexto de combater infrações penais, sejam cometido excessos na restrição aos direitos fundamentais.

Trata-se da vertente mais conhecida do princípio da proporcionalidade, também denominada como princípio da proporcionalidade em sentido amplo (FELDENS, 2008, p. 145).

Na proporcionalidade sob a vertente da proibição do excesso a inconstitucionalidade é decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do balanceamento ente meios e fins (STRECK, 2015, p. 8).

Não há proporcionalidade quando, mesmo havendo uma alternativa menos gravosa, com menores repercussões na esfera dos direitos e garantias fundamentais, ainda assim opta pela outra alternativa que restringe mais gravemente os direitos fundamentais.

A proibição do excesso é extremamente necessária para exigir do Estado que adote as alternativas que menos restrinjam os direitos fundamentais.

3.4.2 Proibição da proteção deficiente

A proibição da proteção deficiente preocupa-se com a ausência ou insuficiência da proteção dos direitos fundamentais.

Adotando como nomenclatura a expressão “proibição por defeito”, Canotilho (2002, p. 273) descreve a proibição da proteção deficiente da seguinte forma:

Existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma forma positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a protecção contra os excessos estatais, mas também para uma espécie de garantismo positivo, através da preocupação com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estaremos diante da proibição de protecção deficiente (STRECK, 2015, p. 8).

Prossegue Lenio Luis Streck (2015, p. 8), no mesmo artigo, aduzindo que:

... a inconstitucionalidade pode advir de protecção insuficiente de um direito fundamental (nas suas diversas dimensões), como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos.

Luciano Feldens (2008, p. 90), adverte sobre a dificuldade de operacionalização desta vertente da proporcionalidade, pois “a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à protecção do direito fundamental”.

Com propriedade, leciona Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 238):

Cuidando-se de mero espelho da proporcionalidade, não se pode utilizar a proibição da protecção deficiente para derrubar importantes conquistas penais e processuais penais dos últimos tempos. Por isso esse princípio encontra barreiras em vários outros, como a legalidade, a culpabilidade, a intervenção mínima etc. A pretexto de se suprir eventual deficiência estatal, na tutela da segurança pública, torna-se inadmissível invocar a analogia *in malam partem* ou a retroatividade de lei prejudicial ao réu. Ademais, um erro

ou omissão porventura existente não deve gerar outro pior, consistente na invasão à seara do abuso e da comoção pela lei e ordem.

Tratando especificamente sobre o direito penal do inimigo adverte Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 304) que “seria irreal não reconhecer que o Princípio da Proporcionalidade também pode e é utilizado em situações problemáticas como estas”.

Continua Moraes (2011, p. 306) aduzindo que:

Assim, o princípio da proporcionalidade vem sendo invocado para solucionar esses conflitos, sopesando os valores para se aferir qual deverá prevalecer em determinado caso, sendo, portanto, possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia, quando houver preponderância destes últimos.

Necessário, portanto, definir se a proporcionalidade, sob o viés da proibição da proteção deficiente permite, em nosso ordenamento jurídico, a existência do denominado Direito Penal do Inimigo, com relativização de garantias penais e processuais penais.

A análise, entretanto, está mais para a proibição do excesso, pois há outra alternativa, que inclusive é dever do Estado, isto é, implementar políticas públicas sociais e aparelhar os órgãos de investigação e inteligência das polícias.

Optar por implantar o Direito Penal e Processual Penal do Inimigo através do endurecimento das leis penais e flexibilização de garantias processuais penais é talvez a alternativa mais barata e que garanta aos governantes algum apoio da grande massa da população.

Com efeito, a população, de uma forma geral, encontra-se clamando por uma solução, não sendo raro ultimamente os casos de linchamentos públicos, em algumas situações até a morte de pessoas flagradas na prática de delitos.

De seu turno, os governantes agem como se só tivessem a oferecer a elaboração e aprovação de novas leis penais e processuais penais para impor penas mais severas e retirar direitos processuais como se esta fosse a solução dos problemas, colocando-a como a tábua de salvação da sociedade.

A proteção de um direito fundamental não ocorre apenas através da edição de leis, mas também da atividade administrativa do Estado, ou seja, das políticas públicas.

Entretanto, sob o ponto de vista jurídico, notadamente fundado nos direitos e garantias constitucionais, a edição isolada de leis penais e processuais penais não é a melhor opção para o enfrentamento da criminalidade, seja ela organizada ou não.

4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO: BREVES CONSIDERAÇÕES

O Direito Penal do Inimigo tem como principal ponto de apoio a necessidade de enfrentamento do terrorismo. Busca legitimidade na necessidade de proteger os Estados e seus povos contra os malfeitores terroristas que agem sem limites e por isso também devem ser combatidos sem preocupação com as balizas garantidoras dos direitos e garantias fundamentais, pois o inimigo não sendo pessoa deve ser colocado à margem dos direitos fundamentais em sua plenitude.

O Brasil então estaria imune a esta necessidade, porquanto, entre nós, não há ataques terroristas.

Muito pelo contrário, não podemos deixar de consignar que neste século a nossa experiência terrorista foi totalmente oposta à da França e Estados Unidos, por exemplo.

Enquanto os Estados Unidos enfrentaram o onze de setembro com vários ataques e tentativas de ataques aos seus locais símbolos e a França vivenciou recentemente o ataque terrorista ao jornal satírico “Charlie Hebdo”, nossa experiência terrorista do século foi a morte do brasileiro Jean Charles de Menezes no metrô de Londres, onde foi metralhado por ser confundido com um terrorista.

Entretanto, adaptando esta teoria a realidade brasileira defende-se que seria ela necessária para o enfrentamento dos nossos inimigos, que seriam os delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (MORAES, 2011, p. 195).

4.1 Origem, Conceito e Significado

O Direito Penal do Inimigo tem como precursor o doutrinador alemão Günther Jakobs, intimamente relacionada com o combate ao terrorismo.

O Direito Penal do Inimigo foi propalado por Günther Jakobs em três momentos diversos, sendo que em cada um deles ganhou enfoque distinto.

Num primeiro momento apresenta vários questionamentos a cerca desse conceito de Direito Penal do Inimigo em uma palestra no ano de 1985, em um Seminário de Direito Penal, em Frankfurt, com pouca publicidade; onde pretendeu demonstrar que a legislação penal, sobretudo na Alemanha, já estava contaminada pelo Direito Penal do Inimigo (MORAES, 2011, p. 181 e 185).

Já num segundo momento, Jakobs mantém um tom crítico e constata, segundo Moraes (2011, p. 182), que: "... o Direito Penal deixara de ser uma reação da sociedade ao fato criminoso perpetrado por um de seus membros para tornar-se uma reação contra um inimigo". Defendendo a partir daqui a necessidade de clara distinção entre o Direito Penal do cidadão e o Direito Penal do inimigo, como forma de deter o crescimento do próprio Direito Penal do Inimigo (ZAFFARONI, 2007, p. 157).

Por fim, num terceiro momento, leciona Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 182) que "... Jakobs aparenta ter abandonado claramente sua postura crítica e meramente descritiva, passando a empunhar a tese afirmativa, legitimadora e justificadora dessa linha de pensamento".

Já com essa visão constatada neste terceiro momento, de forma resumida, dissertou Günther Jakobs, na obra em autoria conjunta com Manuel Cancio Meliá (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 37):

Portanto, o Direito Penal conhece dois pólos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.

Podemos concluir então que o Direito Penal do Inimigo surgiu como uma advertência sobre os rumos do Direito Penal, passando por uma fase intermediária de constatação crítica da realidade do Direito Penal naquele momento e, por fim, a defesa da teoria do Direito Penal do Inimigo.

A formulação de Jakobs mostra-se, de certo olhar, com natureza garantista, ou seja, garantista para os denominados cidadãos. Pretende proteger os cidadãos da, segundo Jakobs, necessária legislação contra o inimigo ou terrorista. E esta parece ser a visão que o doutrinador alemão pretender passar quando, na obra conjunta com Manuel Cancio Meliá (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 30), leciona que:

O Direito Penal do Cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Nesse sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz.

Jakobs, no livro em parceria com Meliá (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 37) ensina ainda que:

Quem não quer privar o direito Penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da personalidade do delinquente no processo penal, etc. – deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 186) conclui que:

Em apertada síntese, o 'Direito Penal do Inimigo' representa uma guerra cujo caráter limitado ou total depende também de quanto se tema o inimigo. O próprio Jakobs adverte que tudo isso soa demasiado chocante, e certamente é, uma vez que se trata da impossibilidade de uma juridicidade completa para contradizer a equivalência entre racionalidade e personalidade.

Desta forma, o Direito Penal do Inimigo surge como algo que, a primeira vista, mostra-se extremamente necessário, como única forma de salvaguardar o cidadão em face da perversidade do inimigo, bem como para que as

leis criadas para coibir as ações do inimigo e permitir a sua punição não recaia sobre o cidadão.

4.2 Velocidades do Direito Penal

Na visão do Direito Penal em velocidades lecionada por Jesús-María Silva Sánchez, preocupa-se com resposta penal a ser conferida, ou seja, se pena de prisão ou não, e com a flexibilização de garantias penais e processuais.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 230) apresenta o surgimento da classificação das velocidades do Direito Penal da seguinte forma:

Com base na construção de Jakobs e diante das variações que já vinham sendo incluídas no modelo clássico de inspiração iluminista, Sánchez apresenta formalmente uma classificação que passou a ser objeto de grandes debates por parte da doutrina nacional e internacional: 'as velocidades do Direito Penal'.

Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 148), citado por Moraes no trecho acima como criador da classificação das velocidades do Direito Penal, sintetiza cada uma delas da seguinte forma:

Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da prisão”, na qual haver-se-iam de manter rigidamente os princípios políticos criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção. A pergunta que há que elaborar, enfim, é se é possível admitir uma “terceira velocidade” do Direito Penal, na qual o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais.

Moraes (2011, p. 231) propõe-se a responder o questionamento de Silva Sánchez com outra pergunta em tom de afirmação:

A aceitação da flexibilização de garantias penais e processuais, ainda que sem a imposição de pena privativa de liberdade, não teria aberto as portas á legitimação de um Direito Penal de emergência para casos graves e excepcionais?

Alexandre Rocha Almeida de Moraes pretende trazer para o plano da imposição estatal algo criado e institucionalizado para o âmbito de discricionariedade do cidadão, haja vista que, a transação penal trazida pela Lei 9.099/95, pressupõe aceitação do interessado.

Entretanto, Moraes (2011, p. 231), defende essa posição aduzindo que:

No entanto, fica difícil aceitar que direitos e garantias não tenham sido flexibilizadas, quando se sabe que, na prática, a própria tipificação dos crimes foi modificada (hoje é mais fácil lavar o termo circunstanciado e remeter as partes ao Fórum, em vez de dizer à suposta vítima que a reclamação não constitui, em verdade, um crime, permitindo-lhe procurar a solução em outra seara ou esfera de controle social). Fica mais difícil, ainda, quando se constata que o próprio sistema legal criou a possibilidade de imposição de penas restritivas de direito sem o prévio contraditório e exercício da ampla defesa e, enfim, sem o devido processo legal.

Mais uma vez, o festejado autor parece buscar respaldo para justificar uma terceira velocidade do Direito Penal no mau uso do instituto da transação penal, do que no fato de sua possibilidade jurídica.

Entretanto, é nesta terceira velocidade que está inserido o Direito Penal do Inimigo. Vamos agora traçar uma definição de quem seria este inimigo.

4.3 O Inimigo

Na teoria do Direito Penal do Inimigo ocorre a diferenciação entre cidadãos e inimigos. Aos cidadãos há a aplicação da lei penal clássica, ou seja, o Direito Penal de primeira e segunda velocidade. Aos inimigos o Direito Penal de terceira velocidade, conciliando pena de prisão e flexibilização de garantias.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 21-22) leciona que:

A negação jurídica da condição de pessoa ao inimigo é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, é uma consequência da individualização de um ser humano como inimigo, mas nada nos diz a respeito da individualização em si mesma.

Quando se pergunta a respeito desta essência, fica inegável que, conforme a doutrina que mais se aprofundou no tema e que a tratou de forma mais desabrida – ou seja, sem dissimular a questão nem fugir do problema -, o conceito tem origem no direito romano e o autor que trabalhou o tema com maior coerência na teoria política foi Carl Schmitt, que, por sua vez, não fez mais do resgatar e precisar o conceito tradicional proveniente do direito romano.

Para este teórico do Estado absoluto, o inimigo não é qualquer sujeito infrator, mas sim o outro, o estrangeiro, e basta, em sua essência, que seja inexistencialmente, em um sentido particularmente intensivo, de alguma forma outro ou estrangeiro, de modo que, no caso extremo, seja possível ocorrer com ele conflitos que não podem ser decididos nem através de um sistema de normas pré-estabelecidas nem mediante a intervenção de um *tertius* descomprometido e, por isso, imparcial.

Este conceito bem preciso de inimigo remonta à distinção romana entre *inimicus* e os *hostis*, mediante a qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, em relação ao qual é sempre colocada a possibilidade de guerra como negação absoluta do outro ser ou realização extrema da hostilidade. O estrangeiro, o estranho, o inimigo, o *hostis*, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade.

Por seu turno, Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 149), referindo-se a definição de Jakobs, esclarece que:

Se nos restringirmos à definição desse autor, o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta.

De forma clara e objetiva Günther Jakobs, na obra dividida com Manuel Cancio Meliá (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 42), traça a distinção entre o cidadão e o inimigo, ao enunciar que:

Portanto, o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido

um erro, ou indivíduos que devem se impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação.

Assim, em princípio, nem todo autor de delito, ainda que grave como o homicídio, pode ser considerado como um adversário do ordenamento jurídico, ou seja, um inimigo (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 43).

Conforme leciona José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p. 236):

O “Direito Penal contra Inimigos” que, hoje, exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, designadamente, o norte-americano e o europeu, tem testado o acerto de suas propostas constitucionais e penais em três setores das políticas e legislações criminais – a legislação anti-terrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual (pedofilia e pornografia on line).

Alexandre Rocha Almeida de Moraes ensina que a diferenciação entre pessoa e inimigo, para Jakobs, está intimamente relacionada a concepção de Luhmann que identifica o sistema social pela comunicação (MORAES, 2011, p. 190-196).

Para Moraes (2011, p. 193), “a comunicação (e aí incluem-se cognição e expectativas cognitivas e normativas) é, como dito, o ponto de partida para se entender ‘pessoa’ segundo a concepção jurídica de Jakobs”.

Por isso que Jakobs, no livro que lançou juntamente com Meliá (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 45) estabeleceu que:

... só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, e isso como consequência da idéia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser real.

Assim, inimigo é aquele que não está disposto a se comunicar em um estado de cidadania, permanecendo, pois, no estado de natureza, isto é, um estado de ausência de normas (MORAES, 2011, p. 192).

Trata-se, portanto, de um conceito vago e indeterminado que causa insegurança jurídica, principalmente diante da praxe pátria na elaboração de leis.

Não podemos esquecer que a nossa própria Constituição Federal elegeu alguns “inimigos” negando a eles alguns direitos. Com efeito, estabeleceu em seu núcleo imodificável: a imprescritibilidade, a impossibilidade de fiança, a impossibilidade de anistia e graça, sempre definindo para quais delitos e delegou ao legislador ordinário a definição do rol dos crimes hediondos.

Fora deste modelo proposto pela Constituição Federal não vemos como criar um novo rol de inimigos e muito menos retirar deles as garantias constitucionais que nem mesmo o legislador constituinte originário ousou vetar aos autores de delitos que entendeu mais grave.

4.4 A Praxe Brasileira na Elaboração de Leis Penais

Não é de hoje que a legislação penal é transformada às pressas com a finalidade de conter a opinião pública, para dar respostas à sociedade, diante de um caso que ganha comoção nacional, através dos meios de comunicação.

Aliás, a massificação dos meios de comunicação e a pulverização da notícia jornalística com amplo acesso, praticamente em tempo real ao acontecimento dos fatos, tem grande influência na forma brasileira de elaboração de leis penais.

Nesse sentido, Moraes (2011, p. 52), evidencia que:

É, portanto, incontestável a correlação estabelecida entre a sensação de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. A imprensa, de forma geral, transmite uma imagem da realidade que mistura o que está distante com o que está próximo, confundindo a percepção do telespectador. Essa percepção errônea aproxima o cidadão da cena do crime, aumentando sua sensação de impotência.

Também Jesús-Maria Silva Sánchez (2002, p. 33) ensina que:

... a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre

em que se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.

E é com base nessa constatação que Moraes (2011, p. 53) leciona que: “a tentativa de atender as clamorosas reivindicações por mais segurança traduz-se em leis repressivas, muitas vezes irracionais e de difícil cumprimento”.

Acertadamente, David Garland (2008, p. 388) afirma que as criminologias da vida cotidiana “convivem bem com políticas econômicas e sociais que excluem contingentes populacionais inteiros, desde que uma segregação deste tipo faça o sistema social operar mais harmonicamente”.

Vários exemplos de incongruências legislativas são elencados por Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 62-63) nos seguintes termos:

No caso brasileiro, essa irracionalidade legislativa é claramente exemplificada: os institutos da Lei 9.099/95 que utilizam somente a pena em abstrato como critério objetivo de aferição de ‘menor potencial ofensivo’; a Lei 9.268/96 que extinguiu a pena de multa e criou discussões das mais variadas quanto à legitimação ativa para a execução da sanção pecuniária; a Lei 9271/96 que tratou, concomitantemente, de matéria penal e processual, trazendo questionamentos sobre sua irretroatividade; a Lei 9.455/97 (Tortura), que permitiu a progressão de regime nos crimes que elenca, mesmo sendo tipificados como hediondos na Lei 8.072/90; a Lei 9.677/98 (Lei dos Remédios) que pune a adulteração e falsificação de cosméticos, com a mesma intensidade aplicada aos remédios propriamente ditos; a Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento) que, em relação à data de vigência, permitiu a formação de quatro correntes jurisprudenciais e que, no tocante a algumas figuras típicas, veda a concessão de liberdade provisória, sem impor, por coerência lógica, um possível regime integral fechado; a Lei 9.714/98 (Lei das Penal Alternativas), cujo rol de impropriedades e ausência de rigor técnico é maior do que a própria lei; impropriedades no Código de Trânsito brasileiro, como a hipótese de lesão corporal culposa prevista no Código Penal; a injúria manifestada com a utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem punida com pena de reclusão equivalente à pena de detenção do crime de homicídio culposo previsto no Código Penal; etc.

Na realidade brasileira temos um fator complicador que é a ausência ou insuficiência das políticas públicas, que são substituídas por políticas de segurança pública, notadamente através de novas leis penais ou incremento das punições já existentes.

Nesse mesmo sentido, Moraes (2011, p. 311) estabelece em sua obra que “ao se questionar a própria legitimidade do Estado, seja sua forma de atuar ou

sua omissão, compreende-se que a origem da adoção de uma política criminal de emergência traduz a incompetência estatal”.

Mais abaixo o mesmo autor (MORAES, 2011, p. 311) arremata argumentando que:

Ainda que o Direito Penal possa tipificar eticamente a sociedade, parece evidente que ele não se presta, por si só, a transformações sociais. Além das fundamentais políticas públicas não efetivadas pelo Estado, o controle social também deve ser exercido pela família, pela educação, pela medicina, pela religião, por entidades civis, pela imprensa, pela ciência etc.

Assim, o aumento da sensação de insegurança causado pelo amplo acesso à notícia, aliado à ausência de políticas públicas sociais tem feito com que o Estado se escore no Direito Penal, utilizando-o como instrumento de segurança pública e resposta ante a ausência de sua atuação no campo social.

Desta forma, a permissão para a relativização de garantias fundamentais aliadas a este cenário caótico, ou melhor, a este círculo vicioso: aumento da sensação de insegurança – ausência de políticas públicas – reclamo social – lei penal, nos parece bastante temerário.

Nesse mesmo sentido, necessário trazer a advertência feita por Zaffaroni (2007, p. 162):

Como ninguém pode prever exatamente o que qualquer um de nós fará no futuro – nem sequer nós mesmos -, a incerteza do futuro mantém em aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem tem o poder de decisão deixe de considera-lo *inimigo*. Assim, o grau de periculosidade do inimigo dependerá sempre, na medida em que o poder real o permitir, do juízo subjetivo do individualizador...

Por mais que relativizemos a idéia, quando distinguimos entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), estamos nos referindo a seres humanos que são privados de certos direitos fundamentais em razão de não serem mais considerados pessoas.

Com efeito, os exemplos citados por Moraes que reproduzimos acima são bastante eloquentes. Erros ou gafes legislativas como aquelas, em um cenário que envolva relativização de garantias fundamentais, podem trazer graves consequências aos cidadãos brasileiros.

4.5 Características Relevantes do Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal do Inimigo tem características que são indesejadas em um modelo de Direito Penal inspirado pelos princípios constitucionais de garantia, configurando um Direito Penal que trafega na direção contrária ao que está proposto no texto constitucional.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 196) elenca o que, para ele, seriam as principais características do Direito Penal do Inimigo:

- a) antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios, criação de tipos de mera conduta e perigo abstrato;
- b) desproporcionalidade das penas;
- c) legislações, como nos explícitos casos europeus, que se autodenominam de 'leis de luta ou de combate';
- d) restrição de garantias penais e processuais e
- e) determinadas regulações penitenciárias ou de execução penal, como o regime disciplinar diferenciado recentemente adotado no Brasil.

Por seu turno, Meliá na obra lançada em parceria com Jakobs (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 67), sintetiza as principais características em três:

... o Direito Penal do Inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Tais características deixam bem claro que as bases de uma teoria de Direito Penal do Inimigo em nada se assemelham as nossas regras penais, processuais e constitucionais.

4.5.1 Antecipação da tutela penal e penas desproporcionais

Um direito penal que pretenda “combater o inimigo” necessita punir atos preparatórios e adotar tipos de mera conduta, pois o inimigo é capaz de causar graves danos caso não haja instrumentos para contê-lo antes que pratique o fato delituoso propriamente dito.

José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 236) ensina que:

Um traço comum da legislação inspirada no “direito penal contra inimigos” é aquele que na doutrina germânica se designa por “criminalização antecipada” (*Vorfeldkriminalisierung*), fundamentalmente reconduzível a: (1) tutela marcada, e intencionalmente antecipada, de bens jurídicos (segurança, ordem, bens materiais e pessoais); (2) centralidade do paradigma do crime de perigo indirecto, de forma a possibilitar a incriminação de condutas que, em abstracto, se revelam inidóneas e desadequadas para criar aquelas situações de perigosidade legitimadoras de antecipação de intervenção penal; (3) formulação estrutural dos pressupostos (*Tatbestände*) incriminadores com especial subvalorização dos pressupostos objetivos essenciais do direito penal caracterizadores do *Täter(Gesinnung)strafrecht*; (4) inversão do ônus probandi, atenuando a presunção de inocência do arguido; (5) radicalização da pena de prisão nos limites máximos e mínimos, e intensificação do rigor repressivo nas várias modalidades de execução de penas, acompanhada de bloqueio a políticas criminais alternativas.

Nesse sentido Jakobs, na obra em autoria coletiva com Meliá (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 37) estabelece que: “... o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade”.

Do combate pela periculosidade surgem as penas desproporcionais, pois não apresentarão proporcionalidade ao fato, mas sim a periculosidade do inimigo.

Ao nosso aviso, mostra-se bastante claro que tanto a antecipação da tutela penal quanto a necessidade de penas desproporcionais busca dar ao Direito Penal, ainda que contra o inimigo, a missão de substituir políticas estatais de segurança pública.

4.5.2 Relativização de garantias penais e processuais penais

Para o enfrentamento do inimigo necessário também, segundo a concepção de Direito Penal do Inimigo, que haja flexibilização de garantias penais e processuais penais, pois são muitas as dificuldades adicionais de persecução e prova (MORAES, 2011, p. 204).

Por isso, segundo Jesús-María Silva Sánchez (2002, p. 150):

Daí por que, nesses âmbitos, em que a conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, senão todo o Direito como tal, se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais.

É nessa esteira de relativização das garantias processuais penais que surge a denominação de direito processual penal do inimigo.

Jakobs parece não ter constatado e defendido apenas um direito penal do inimigo, mas também um processo penal diferente para esses mesmos inimigos, pois não se pode falar em relativização de garantias processuais penais sem ingressar no campo do processo, com seus institutos próprios, seus princípios e suas garantias.

5 DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO

A existência de uma teoria de Direito Penal que pregue a relativização de garantias processuais penais exige a defesa do processo penal enquanto garantia do cidadão em face do direito de punir estatal.

O Direito Processual Penal tem terreno próprio, tem seus muros e limites. Não se devem refutar esses limites sem ingressar em seu espaço, conhecer as suas regras e o seu conteúdo.

Ao menos a característica da relativização de garantias processuais penais deve ser vista e estudada dentro do ramo próprio, que é o do Direito Processual Penal.

O direito do inimigo comporta assim duas análises: uma sob o ponto de vista material penal e outra processual penal, sendo que em cada uma delas devem ser adotadas como parâmetro as regras próprias de cada disciplina.

Por isso, não pode existir um Direito Penal do Inimigo sem um Direito Processual Penal do Inimigo. O contrário somente seria possível se no Direito Penal do Inimigo não estivesse prevista a relativização de garantias processuais penais como uma de suas características.

5.1 Definição

O Direito Processual Penal do Inimigo surge da relação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Quando se alinha a flexibilização de garantias processuais penais como uma das características do chamado Direito Penal do Inimigo estamos falando, de outro modo, em um Direito Processual Penal do Inimigo.

Nesse sentido dissertou César Faria (2015, p. 20):

As relações entre o Direito Processual Penal e o Penal são tão íntimas que Jakobs sequer distinguiu o Direito Penal do Inimigo do Processo Penal do Inimigo, embora devesse fazê-lo quando se referiu à supressão ou flexibilização das garantias processuais.

A visão integradora adotada pelo autor alemão, como forma de expandir seu “Direito Penal do Inimigo”, conduz a um processo penal sem garantias, na medida em que também atribui ao processo fins de (re)estabilização normativa.

A filosofia de considerar determinados acusados como inimigos acarreta necessariamente consequências no processo penal. Apesar de sua autonomia como ciência jurídica, o processo penal tem um caráter eminentemente instrumental, através dele é que o Direito penal atua, que passa do abstrato ao concreto, da idéia à realidade.

Por sua vez, Zaffaroni (2007, p. 109-110) ensina que:

Embora seja verdadeira a íntima relação do direito processual penal com o direito penal, pois todos sabemos que o direito penal não toca sequer num fio de cabelo do delinquente, que o sismógrafo do direito penal liberal é o direito processual e que o debate não pode deixar de ingressar na doutrina do direito processual penal.

Desta forma, não podemos analisar a possibilidade de um direito do inimigo sem ingressar na seara do processo e das garantias conquistadas ao longo dos tempos.

Diogo Malan (2015, p. 7-8) alinha as principais características do processo penal do inimigo, senão vejamos:

Dentre os institutos típicos desse processo penal, avulta a importância da incomunicabilidade do preso, que visa a evitar que ele utilize a comunicação com seu defensor como meio para colocar em risco a vida, integridade física ou liberdade de terceiros.

A par da incomunicabilidade, são recorrentes no arsenal do Processo Penal do Inimigo: (i) prisões para averiguação decretadas com base em mera suspeita, com dispensa de autorização judicial; (ii) mecanismos de delação premiada; (iii) julgadores de exceção, ou seja, constituídos casuisticamente, após a prática da infração penal, muitas vezes com identidade sigilosas (juizes sem rosto); (iv) regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado.

Trata-se ainda de um processo em que a produção da prova da acusação é facilitada, com prejuízo da participação efetiva do acusado, ou melhor, do “inimigo”.

Nesse sentido, Diogo Malan (2015, p. 14), fazendo considerações a cerca do agente infiltrado dissertou que:

O agente infiltrado igualmente compromete a eticidade do Estado, uma vez que o Poder Judiciário concede a ele, em última análise, autorização para a prática de delitos, a pretexto justamente de combatê-los.

Trata-se, em última análise, de meios insidiosos de busca da prova, porquanto visam a induzir o cidadão a auto-incriminação, em franca violação ao seu estatuto jurídico de sujeito processual titular de garantias inalienáveis.

Como se vê, o inimigo seria tratado não como sujeito processual, mas sim como objeto do processo. E o que é mais grave é que isto aconteceria sem nenhuma decisão transitada em julgado declarando-o como inimigo, bastaria o simples indicativo de pertencer a determinado grupo para ser processado como “inimigo”.

No mesmo diapasão César Faria (2015, p. 22), leciona que:

Com efeito, o Direito Processual do Inimigo surge como uma consequência do Direito Penal do Inimigo que, na busca da eliminação de riscos, vulnera garantias processuais, independente do comportamento do acusado como sujeito processual.

O imputado já é tratado como “inimigo” por supostamente fazer parte de determinado grupo de risco, pela sua potencial periculosidade, digo presumida, por não ter sido ainda devidamente processado e condenado.

Assim, o Direito Processual Penal do Inimigo nada mais é do que um processo facilitado para a acusação, com evidente prejuízo às garantias do imputado.

Günter Jakobs, na obra em parceria com Manuel Cancio Meliá (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 40-41), defende que:

De novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas. Neste contexto, pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (§§ 31 e ss. EGGVG). Agora, este somente é um caso extremo, regulado pelo Direito Positivo. O que pode suceder, a margem de um processo penal ordenado, é conhecido em todo o mundo desde os fatos do 11 de setembro de 2001: em um procedimento em que a falta de uma separação do Executivo, com toda certeza não pode denominar-se um processo judicial próprio, mas sim, perfeitamente, pode chamar-se um procedimento de guerra. Aquele estado em cujo território se cometeram aqueles atos, tenta, com a ajuda de outros Estados, em cujos territórios até o momento – e só até o momento – não tem ocorrido nada comparável, destruir a fontes dos terroristas e dominá-los, ou, melhor, mata-los diretamente, assumindo, com isso, também o homicídio de seres humanos inocentes, chamado dano colateral. A ambígua posição dos prisioneiros – delinqüentes? prisioneiros de guerra? – mostra que se trata de perseguição de delitos mediante a guerra.

Desta forma, para Jakobs, não seria sequer um processo, mas sim um procedimento de guerra.

Ora, só se vence a guerra com incremento da atividade policial do Estado, do poderio bélico, ainda que o adversário ou inimigo, esteja pulverizado pelo mundo.

5.2 O Incremento da Atividade Policial Através de Leis Penais e Processuais

O incremento da atividade policial deve se dar através de políticas públicas de segurança pública e também de políticas públicas sociais, mas não de forma principal, através do endurecimento das leis penais e processuais penais.

O incremento da atividade policial através de leis penais e processuais penais significa, de outro lado, redução de garantias dos cidadãos com maior vulnerabilidade deste diante do aparato estatal.

Jesús-María Silva Sánchez denominou de “expansão” a utilização do Direito Penal e Processual como forma de equalizar problemas sociais e combater a criminalidade nas sociedades pós industriais.

Com efeito, o festejado Sánchez (2002, p. 21) ensina que:

... realmente não é nada difícil constatar a existência de uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal substantivo e do Direito Processual Penal. Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”.

Tal constatação também é feita por Moraes (2011, p. 56), nos seguintes termos:

Ademais, para alcançar a meta da efetividade, o próprio processo penal está sofrendo profundas alterações, quase sempre orientadas para a aceleração do procedimento, agilização da instrução e rapidez da Justiça, desrespeitando direitos e garantias fundamentais em nome da operatividade da intervenção penal.

Dessas características, mencionadas, duas devem ser ressaltadas como marcas desse período: a tipificação vaga dos novos bens e interesses e a utilização imprecisa e ampla da técnica de tipificação de delitos de perigo abstrato.

É inegável que este contexto da sociedade pós-industrial, além das novas demandas de criminalização, o prevencionismo tem ditado uma política criminal eficientista, por vezes criminalizando infrações meramente administrativas, tipificando meros atos preparatórios e abusando do uso dos tipos omissivos impróprios e de normas penais em branco.

Como se vê a necessidade de um direito penal mais “eficiente” seria exigência da sociedade moderna, pós-industrial. Entretanto cremos que a eficiência do direito penal não é suprir falhas de outros ramos, seja o administrativo ou a segurança pública.

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2011, p. 331) fazendo uma análise da sociedade atual conclui que:

A sociedade moderna é caracterizada pelo individualismo de massas, pela mudança do sistema de organização e de comunicação, assim como pela globalização, traços preponderantemente responsáveis pela formatação da ‘sociedade de riscos’, onde a sensação de insegurança coletiva convive com os novos bens jurídicos alçados à tutela do Direito (como os interesses jurídicos difusos), desencadeando a descodificação do Direito, a hipertrofia e irracionalidade legislativa.

Nesse sentido, David Garland (2008, p. 386), escreve que:

Como uma preocupação excessiva pela “vítima” pôde sufocar qualquer consideração relacionada ao criminoso, como se ambas fossem categorias mutuamente excludentes? Talvez porque nos convencemos de que certos criminosos, uma vez que praticam o crime, deixam de ser “membros do público”, não mais merecendo as atenções que normalmente dispensamos uns aos outros. Talvez por sermos incorporado uma divisão social e cultural entre “nós”, os inocentes, sofreadores da classe média, e “eles”, os indesejados e perigosos pobres. Ao usar de violência, abusar de drogas ilícitas ou reincidir em atos criminosos, eles se revelam pelo que são: “o outro perigoso”, a subclasse. “Nossa” segurança depende do controle “deles”. Com esta equação, nós nos permitimos esquecer aquilo que o previdenciarismo penal admitia como verdadeiro: que os criminosos também são cidadãos e, outrossim, que a sua liberdade também é nossa liberdade. O crescimento de uma divisão social e cultural entre “nós” e “eles”, junto com novos níveis de medo e insegurança os tornou muito complacentes com relação à emergência de um poder estatal mais repressivo.

Entretanto, não parece ser esse o melhor caminho. Jesús-Mária Silva Sánchez (2002, p. 61-62) tratando da “Expansão do Direito Penal” frente ao descrédito de outras instâncias de proteção, ensina que:

O resultado é desalentador. Por um lado, porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar. Isso, mesmo se mantido um modelo mais ou menos análogo ao clássico de garantias e regras de imputação. E, com maior razão, se tal modelo sofrer fraturas que o desnaturalizem por completo. Pois ocorrem fenômenos (os chamados “macroproblemas”; grandes questões sociopolíticas) cujo caráter macroscópico, estrutural ou sistêmico faz com que – e ainda que se possa identificar neles uma natureza globalmente “criminal” – o Direito Penal não constitua – então conceitualmente – no mecanismo adequado para uma abordagem razoavelmente satisfatória dos mesmos.

Como se vê, não chegaremos a um bom termo com o incremento da atividade policial através de mecanismos legais de Direito Penal e Direito Processual Penal, colocado como forma de solucionar problemas sociais e de aumento da criminalidade, ainda que de forma momentânea.

5.3 Críticas ao Direito Processual Penal do Inimigo

Antes de ingressarmos propriamente nas críticas ao processo penal do inimigo convém registrar a advertência feita por Manuel Cancio Meliá, na obra feita em parceria com Günther Jakobs (JAKOBS e MELIÁ, 2008. p. 13-14):

E se encontra um grande potencial crítico na construção proposta por Jakobs: desde o ponto de vista aqui adotado se constata – como outros têm feito, mas de outras perspectivas – que aquilo que pode denominar-se de <<Direito penal do inimigo>> não pode ser <<Direito>>. Dito de outro modo: é algo distinto do que habitualmente se chama <<Direito penal>> em nossos sistemas jurídicos-políticos. E este não é um fenômeno qualquer, uma oscilação político-criminal habitual. Ao contrário, realizar este diagnóstico significa, ao mesmo tempo, reclamar, ainda que seja em outro plano metodológico, que as medidas repressivas que contêm esses setores de regulação de <<Direito penal>> do inimigo sejam trasladadas ao setor que corresponde ao Direito e, com isso, também ao âmbito correto de discussão política: às medidas em estado de exceção. Neste caso, tem importância chamar as coisas por seu nome.

Não há como dissociar o Direito Penal e Processual das balizas constitucionais. Nesse sentido Canotilho (2008, p. 237) ensina que:

É fácil de ver que a desestabilização do sistema penal, nos seus princípios e na sua dogmática, equivale também a uma radical alteração dos princípios fundantes e dos princípios estruturantes do direito constitucional. A própria natureza e caracterização dos dois direitos como “direitos fragmentários”, um porque (o direito constitucional) se deve conceber como “ordem quadro fundamental”, e outro (o direito penal) porque se autolimita como *ultima ratio* à proteção dos bens jurídicos criminais nos quadros do ordenamento jurídico-constitucional, sofre os efeitos da expansão do “inimigo”. A pressão recai sobre as Constituições, obrigando-as a rever os respectivos textos sobretudo no âmbito das liberdades e das garantias, transformando as regras em exceções e as exceções em regras.

Moraes (2011, p. 271) constata que, apesar das críticas, o processo penal do inimigo vem ganhando espaço, lecionando que:

No que pesem as críticas, ao que parece, a necessidade de enfrentamento da criminalidade organizada vem ganhando a batalha, institucionalizando alterações radicais no sistema processual clássico, como a limitação do

princípio *in dubio pro reo*; a falta de delimitação nítida entre poder de polícia e persecução penal (ou seja, entre prevenção e repressão); a constante falta de limitação do emprego de medidas restritivas de direitos à pessoa do verificado e do suspeito na persecução penal; a falta de transparência das investigações, entre outros.

Entretanto, a primeira crítica que se faz ao direito processual penal do inimigo vem de encontro à constatação da necessidade de enfrentamento da criminalidade organizada.

Nesse sentido, Diogo Malan (2015, p. 22), argumenta que:

No que tange a crítica ao Processo Penal do Inimigo, de início cumpre destacar que as garantias processuais do cidadão não se encontram entre as causas do fenômeno da criminalidade organizada. Por conseguinte, não há qualquer dado empírico idôneo a apontar a supressão dessas garantias como causa de redução dos índices de criminalidade organizada.

Outra crítica que se faz é que todo esse quadro de fortalecimento da atividade policial pode fomentar um golpe de Estado (MORAES, 2011, p. 271).

Com efeito, os estados totalitários são marcados pela absoluta superioridade das forças policiais.

Nesse sentido é a constatação feita por Hannah Arendt (1989, p. 455): “o absoluto monopólio do poder e da autoridade por parte do Líder é mais evidente no seu relacionamento com o chefe de polícia que, num país totalitário, ocupa o cargo público mais poderoso”.

Rogério Greco (2011, p. 28), comparando o pensamento de Jakobs com a doutrina da Alemanha nazista, relata que:

Como se constata sem muito esforço, a semelhança entre o que pretende Jakobs, com sua distinção cidadão/inimigo, em muito se assemelha ao projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista, capitaneado por Hitler.

Outra crítica recai sobre a fragilidade de definição de quem seria o inimigo. Com efeito, inimigo será aquele que o detentor do poder disser que é

(GRECO, 2011, p. 28-29), uma vez que não existem conceitos limitados de inimigos (ZAFFARONI, 2007, p. 161-163).

Entretanto, a principal crítica que se dirige ao Direito Penal e Processual do Inimigo, entretanto, está relacionada ao fato de se institucionalizar a possibilidade de conceder a alguém o tratamento de “não pessoa”, com todas as suas consequências, pois se assim agirmos não estaremos em condição de garantir um julgamento justo.

Nesse sentido, Hannah Arendt (1989, p. 514) dissertou que:

Se é verdade que os monstruosos crimes dos regimes totalitários destruíram o elo de ligação entre os países totalitários e o mundo civilizado, também é verdade que esses crimes não foram consequência de simples agressividade, crueldade, guerra e traição, mas do rompimento consciente com aquele *consensus iuris* quem segundo Cícero, constitui um "povo", e que, como lei internacional, tem constituído o mundo civilizado nos tempos modernos, na medida em que se mantém como pedra fundamental das relações internacionais, mesmo em tempo de guerra. Tanto o julgamento moral como a punição legal pressupõem esse consentimento básico; o criminoso só pode ser julgado com justiça porque faz parte do *consensus iuris*, e mesmo a lei revelado de Deus só pode funcionar entre os homens quando eles a ouvem a aceitam.

Assim, um Estado que não seja totalitário não pode negar aos seus integrantes a qualidade de pessoa, de cidadão. Não vemos como alicerçar com base em nossa Constituição uma legislação que aparte os seus integrantes em castas, concedendo a alguns a qualidade de pessoa e a outros o tratamento de não pessoa, de inimigo, de ser que deva ser extinto, aniquilado a qualquer custo.

Com efeito, Rogério Greco (2011, p. 29) leciona que:

É claro que, por mais que sejamos esclarecidos, por mais que nos revoltamos com as cenas veiculadas pelos meios de comunicação, mostrando pessoas inocentes sendo mortas brutalmente pelos membros do exército iraquiano, até mesmo o soldado mais vil tem o direito de, ao ser preso, ver assegurados seus direitos e suas garantias fundamentais.

Não podemos afastar todas as nossas conquistas que nos foram sendo dadas em doses homeopáticas ao longo dos anos, sob o falso argumento de cidadão *versus* inimigo...

Isso porque, conforme o próprio Greco (2011, p. 28) “o que não se pode é desistir do homem, sob o falso argumento de ser incorrigível, de possuir um defeito de caráter que o impede de agir conforme os demais cidadãos”.

5.4 A Defesa do Direito Processual Penal do Inimigo Através da Delimitação

A alegada necessidade de clara divisão entre um Direito Penal do Inimigo de um Direito Penal do cidadão, e também, de um processo penal do inimigo de um processo penal para o cidadão é o maior argumento dos defensores do direito penal do inimigo com relativização de garantias processuais penais.

Argumentam que desta forma o cidadão estará protegido das normas mais rígidas dirigidas aos inimigos.

Jakobs, na obra lançada em parceria com Meliá (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 49-50), esclarece que:

Um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo.

Entretanto, ainda que delimitado, conforme defendem Jakobs no trecho acima citado e Moraes (2011, p. 325-328), a amplitude possível na definição de “inimigo” deixará sempre uma porta aberta para que o Direito Penal e Processual do Inimigo não seja nunca delimitado.

Ou, de outro modo, de que adianta a delimitação de que aos cidadãos será ministrado remédio e aos inimigos o veneno, se não há clara definição perene de quem entrará em cada uma das filas?

Zaffaroni (2007, p. 69) já advertia que:

O certo é que, planetariamente, a rápida sucessão de inimigos aumenta a angústia e reclama novos inimigos para acalmá-la, pois quando não se consegue um bode expiatório adequado nem se logra reduzir a anomia

produzida pela globalização, que altera as regras do jogo, a angústia se potencializa de forma circular.

Assim, a defendida delimitação não trará nenhuma garantia maior de que tais regras não possam generalizar-se e atingir não apenas quem devesse atingir, pois a definição do inimigo sempre será um termo aberto a ser preenchido pelo detentor do poder.

6 DIREITO PROCESSUAL PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. APONTAMENTOS CRÍTICOS

Sem pretensão de esgotar cada tema, pretendemos, no presente capítulo, fazer alguns apontamentos críticos sobre alguns institutos do processo penal que, a nosso ver, tem em si muito do indesejável processo penal do inimigo, quais sejam: a prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública, a delação premiada e a ingerência corporal para fins probatórios.

Cada um desses institutos traz em si muito mais da necessidade prática diante da ineficiência estatal do que propriamente de respeito ao processo e aos princípios constitucionais.

Através da prisão preventiva decretada para a garantia da ordem pública coloca-se o processo penal a serviço da segurança pública como forma de garantir a paz social. Delega-se ao juiz a possibilidade de manter o autor de um delito preso não porque interessa ao processo, mas sim para evitar que ele volte a praticar delitos.

Na delação premiada o próprio réu ou investigado é colocado a serviço da colheita da prova em seu desfavor e em prejuízo também dos demais réus ou investigados, em troca de benefícios negociados. O delator, que também é réu ou investigado, passa a ter interesse no desfecho positivo da investigação para poder usufruir do prêmio.

Por fim, na ingerência corporal para fins probatórios o próprio investigado é colocado como objeto da prova contra ele mesmo. Não se pode impor a nenhuma pessoa o dever de fornecer material genético através de práticas invasivas para alimentar banco de dados que futuramente possam ser utilizadas como prova contra ele mesmo.

Nesses casos a lei cria obrigações e vantagens de cooperação para reduzir a necessidade de atuação estatal, delegando a outros ou ao próprio réu ou investigado obrigações que seriam suas enquanto detentor do poder punitivo. E o faz com violação de princípios constitucionais.

6.1 Prisão Processual Para Garantia da Ordem Pública

A prisão preventiva decretada sob o fundamento da garantia da ordem pública, nas lições de Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 1323-1328), pode ser dividida em três entendimentos possíveis.

Segundo uma primeira concepção, relatada pelo autor, a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública não é dotada de natureza cautelar, figurando como modalidade de cumprimento antecipado de pena (LIMA, 2012, p. 1322-1323).

Ainda conforme Lima (2012, p. 1323), um segundo posicionamento, este majoritário, entende garantia da ordem pública como:

... risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros de crime.

Por fim, uma terceira possibilidade seria a possibilidade de a prisão preventiva poder ser decretada com fundamento na garantia da ordem pública para impedir que o agente volte a delinquir e ainda nos casos em que a prisão fosse necessária para acautelar o meio social (LIMA, 2012, p. 1327).

Afastando qualquer tentativa da doutrina e jurisprudência em tentar emprestar uma roupagem de constitucionalidade à prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública, Sidney Eloy Dalabrida (2005, p. 97) leciona que:

Com efeito, para barrar a reiteração criminosa ou impedir a consumação do crime tentado, tem-se a possibilidade da prisão em flagrante por ocasião da prática da nova infração penal ou então por ocasião do prosseguimento dos atos executórios em relação ao crime anterior. Alusivamente à invocada salvaguarda do próprio acusado, ante a possibilidade de ser alvo de vindita por parte de familiares ou qualquer do povo, a custódia a pretexto de socorrê-lo é absurda, representando inescusável desvio de finalidade do

instituto. Em hipóteses tais, cumpre à Justiça dar garantias ao indiciado ou acusado, protegendo-o contra qualquer violência, e não, a pretexto de favorecê-lo, tirar-lhe a liberdade. Da mesma forma, a adição da prisão preventiva para aplacar o clamor social, diante de infrações que gerem forte comoção social, aparta-se totalmente do caráter instrumental da cautela, prestando-se a servir de inaceitável instrumento de justiça sumária, com reconhecimento prévio da culpabilidade.

Desta forma, nenhuma dessas possibilidades possíveis retira da prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública o caráter nitidamente relacionado à segurança pública.

Ora, é dever da segurança pública, com atuação preventiva e ostensiva, evitar ou coibir a prática de infrações penais, mantendo a tranquilidade social.

Eugenio Pacelli de Oliveira (2013, p. 556) ensina que:

Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social.

Ademais, evitar novas infrações penais é também finalidade especial negativa da pena e assim, antecipar finalidade da pena para momento anterior à sentença penal transitada em julgado, viola os princípios constitucionais.

6.2 Delação Premiada

A delação premiada vulnera tanto o delator quanto os demais réus ou investigados. Quanto ao investigado porque antecipa-lhe as vantagens no caso da confissão, sobrepondo-lhe sobre a cabeça o peso da dúvida em confessar e ter os benefícios ou não confessar e correr o risco de ser delatado por outro comparsa.

Quanto aos demais réus ou investigados trata-se de um depoimento viciado pelo interesse no sucesso das investigações em razão do recebimento da contrapartida que configura o prêmio.

Natália de Oliveira de Carvalho (2009, p. 98) traz um conceito de delação premiada ao ensinar que:

A delação ou chamada de co-réu consiste na confissão, por parte do acusado, da prática criminosa que lhe é irrogada, seja por ocasião da sua oitiva na fase policial ou de seu interrogatório judicial, seguida da atribuição de conduta criminosa a um terceiro, pouco importando se já identificado ou não pelos órgãos da persecução.

Ao institucionalizar e aceitar a delação premiada, o Estado estaria se valendo da ajuda de um delinquente para poder fazer justiça, pagando o preço de sua impunidade (MALAN, 2015, p. 15).

Com efeito, ao invés de investir nos serviços de inteligência das polícias, preparar melhor seus agentes, aumentar o número de policiais, o Estado reconhece que não tem competência para investigar e se colocar à frente dos criminosos para então conceder benesses àqueles que colaboram e delatam seus comparsas e os crimes praticados.

Talvez aqui estejamos na contramão do Direito Penal e Processual Penal do Inimigo, porquanto estamos transformando um inimigo em amigo, em cidadão, mas somente porque ele resolveu delatar outros inimigos.

É nesse ponto que podemos passar a ter categorias de inimigos, transformando um conceito amplo, como visto acima, em uma categoria infundável de possibilidades.

Nesse sentido, Zaffaroni (2007, p. 118), dissertou que:

Portanto, admitir um tratamento penal diferenciado para *inimigos* não identificáveis nem fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre toda a população, como único modo de identifica-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também o risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas a inocentes.

Com efeito, retirar do ser humano a possibilidade de participar ativamente e passivamente da produção da prova, sob o argumento de ser ele um inimigo, mostra-se por demais perigoso, podendo ser a causa de graves injustiças.

Mas não é só isso, também sob a ótica do delator há violação de princípios constitucionais. Nesse sentido dissertou Natália Oliveira de Camargo (2009, p. 151):

Pretendendo sobrepor-se à investigação objetiva dos fatos e agindo diretamente contra o suspeito, a delação premiada, erigida ao *status* de meio de prova, opera-se em patente afronta ao princípio do contraditório e ao direito à não auto-incriminação. Ademais, observa-se que a questão ética, a ser no mínimo ponderada em razão de a norma jurídica incitar a transgressão de preceitos morais, é em absoluto desconsiderada. Diante da possibilidade de obtenção do prêmio, o indivíduo tem a sua esfera de liberdade vulnerada, restando compelido a cooperar com o desenvolvimento da atividade persecutória estatal.

Assim, o Estado encontra no próprio investigado ou acusado o meio mais seguro e prático para a obtenção da prova, praticando contra este verdadeira extorsão (CARVALHO, 2009, p. 150), vulnerando assim direitos e garantias fundamentais.

6.3 Ingerência Corporal do Estado para Fins Probatórios

A integridade física de um indivíduo não pode ser violada em seu desfavor sem o seu consentimento, pois nenhum investigado pode ser obrigado a colaborar com as investigações contra ele próprio.

A atividade investigativa estatal encontra limites na inviolabilidade do domicílio, mas aqui há exceções. Quando se trata do corpo do réu ou investigado não podemos ter exceções, salvo com o seu consentimento.

Em alguns casos nem mesmo com o consentimento, pois a vida é um bem indisponível e caso ela seja colocada em risco nem mesmo o consentimento legitima a ação estatal.

6.3.1 O direito ao silêncio e o princípio *nemo tenetur se detegere*

O princípio *nemo tenetur se detegere* é extraído do direito ao silêncio insculpido no inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal e também de tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

Sobre seu verdadeiro significado dissertou Aury Lopes Junior (2008, p. 588):

O direito ao silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Por sua vez, Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 55) defende tratar-se de direito fundamental, ensinando que:

Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

O princípio também vem consagrado em documentos internacionais. Nesse sentido Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 55) leciona que:

... o princípio do *nemo tenetur se detegere* também se encontra previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, no art. 14.3, “g” (“Toda pessoa acusada terá direito... a não ser forçada a depor contra si mesma ou a confessar-se culpada”), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no art. 8º, § 2º, “g” (“Toda pessoa acusada de delito tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada”).

Ainda sobre os tratados internacionais, Maria Elizabeth Queijo (2003. p. 65) defende que:

Em relação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, como anteriormente observado, foi ele expressamente previsto no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, diplomas que foram ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados, por força dos respectivos decretos legislativos.

Desse modo, em razão da interpretação do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, o princípio *nemo tenetur se detegere* foi incorporado ao rol dos direitos fundamentais, estampados nesse artigo, por se achar disciplinado nos aludidos diplomas internacionais de direitos humanos.

O direito ao silêncio e o princípio do *nemo tenetur se detegere* tem alcance bastante amplo, por isso Lima (2012, p. 56) ensina que “o titular do direito de não produzir prova contra si mesmo é, portanto, qualquer pessoa que possa se autoincriminar”.

O princípio *nemo tenetur se detegere* tem alguns desdobramentos: direito ao silêncio ou direito de ficar calado, direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal, inexigibilidade de dizer a verdade, direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva (LIMA, 2012, p. 60-64).

6.3.2 O princípio *nemo tenetur se detegere* e a produção de provas corporais

O princípio *nemo tenetur se detegere* em relação a produção da prova corporal garante ao réu ou acusado que seu corpo será respeitado, ou seja, que sua integridade física somente será vulnerada com seu consentimento dentro dos limites do direito à vida.

Bem por isso, tratando-se de provas que não vulneram a integridade física o Estado pode agir, mas, se a ação estatal depender da violação do corpo do acusado somente poderá fazê-lo com o seu consentimento.

6.3.2.1 Provas não invasivas

As provas não invasivas são aquelas em que não se avança os limites do corpo do réu ou investigado.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 64):

Consistem numa inspeção ou verificação corporal. São aquelas em que não há penetração no corpo humano, nem impliquem a extração de parte dele, como as perícias de exames de materiais fecais, os exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo encontrado no chão etc.

Tratando-se dessa categoria de prova corporal, não há maiores problemas, pois mesmo que o investigado se recuse ela pode ser produzida normalmente, desde que não configure colaboração ativa por parte do acusado (LIMA, 2012, p. 66) e também não fira a dignidade da pessoa visada (QUEIJO, 2003, p. 253).

6.3.2.2 Provas invasivas

As provas invasivas são aquelas em que os limites do corpo do réu ou investigado são ultrapassados.

Conforme define Renato Brasileiro de Lima (2012, p. 64):

São as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumento ou substâncias, em cavidades naturais ou não, implicando na utilização (ou extração) de alguma parte dele ou na invasão física do corpo humano, tais como os exames de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia (usada para localização de droga no corpo) e o exame do reto.

Günther Jakobs, na obra em parceria com Manuel Cancio Meliá (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 40) dissertando sobre a coação sobre o imputado, define que:

Como no Direito penal substantivo, também nesse âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado.

Nem mesmo ao inimigo haverá a possibilidade de se impor a produção de prova invasiva contra a sua vontade, conforme as balizas constitucionais existentes.

Nesse sentido, Rodrigo Vaz Silva (2015) disserta que:

Já quando o acusado se recusa a ceder o material para a produção da prova, nada resta a fazer para a outra parte, pois desta abstenção não se pode extrair nenhuma avaliação negativa, por estar protegido pelo Princípio *Nemo Tenetur Se Detegere*. Qualquer material para a produção da prova científica, obtida diretamente do seu corpo e sem o seu consentimento, no Direito Brasileiro, é ilegal de pleno direito.

Além disso, não podemos nos esquecer das garantias fundamentais da intimidade e inviolabilidade que não podem ceder diante do interesse estatal em produzir prova contra alguém, mesmo que um “inimigo”.

Maria Elizabeth Queijo (2003, p. 424) conclui que:

Não há nenhuma incompatibilidade entre o *nemo tenetur se detegere* e a busca da verdade no processo penal. Contrariamente, a idéia de apuração da verdade processual, dentro dos parâmetros da legalidade e da ética, em tudo se concilia com o *nemo tenetur se detegere*, que representa, sobretudo, o respeito à dignidade humana no processo penal.

Nessa esteira de provas invasivas, devemos mencionar ainda que a Lei nº 12.654, de 29 de maio de 2012, já elencou em nossa legislação um primeiro rol de inimigos ao enunciar que os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou por qualquer um dos delitos definidos

como hediondo serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético.

Tal comando normativo flexibiliza o princípio do *nemo tenetur se detegere* e as garantias da intimidade e inviolabilidade, com finalidade de identificação e também probatória.

Imaginemos, por exemplo, que um estuprador é preso em flagrante em determinada cidade onde há vários inquéritos em que se investigam crimes sexuais iniciados e ainda não concluídos e imaginemos ainda que nestes inquéritos há material genético (sêmen) do autor apreendido e em situação de ser confrontado com o do estuprador agora preso em flagrante. Estaria então o Estado autorizado a colher compulsoriamente o material genético do preso para confrontação.

Ou ainda, estaria o Estado autorizado a colher o material genético para a identificação do perfil genético e depois decidir se utilizar dela para confrontar com o material genético encontrado nos locais dos delitos sem a anuência do interessado?

Não há como negar, portanto, que se trata de Direito Processual Penal do Inimigo.

O Estado deve sempre pautar suas ações não apenas pela legalidade, mas também pela ética.

Nesse sentido, Aury Lopes Junior (2008, p. 589) ensina que:

Não é somente a legalidade estrita que deve nortear o processo penal e, principalmente, não é só ela que deve orientar a atuação dos órgãos públicos que nele intervêm, desde a fase pré-processual (com a atuação policial, ministerial e jurisdicional) até o trânsito em julgado e a própria execução da pena. Ao lado dela, é fundamental uma abertura para a dimensão substancial de validade das normas (e do próprio proceder), e a assunção de uma postura ética. O Estado (e seus agentes) não só é uma reserva de legalidade, mas principalmente, é uma reserva ética. Daí porque existem imperativos éticos não consagrados formalmente, mas igualmente exigíveis que conduzem a uma necessária abertura conceitual do direito ao silêncio e de não fazer prova contra si mesmo.

Enfim, é preciso seguir pelo caminho do processo penal de garantia. Talvez não seja o caminho mais fácil, mas é o único possível, pois conforme adverte

Aury Lopes Junior (2008, p. 10): “o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário”.

O Direito Penal e Processual Penal de um país diz muito sobre o patamar de democracia e respeito à dignidade da pessoa humana em que ele se encontra.

Aceitar entre nós regras que vulneram claramente os direitos e garantias fundamentais a troco de combater a criminalidade organizada é um retrocesso.

Não queremos um Estado que prenda sem condenação definitiva para garantir a segurança pública, que baseie suas investigações em delações premiadas forçadas e muito menos que viole a integridade física de alguém à força.

Não há como extrair do texto constitucional permissão para tamanha barbárie.

7 CONCLUSÃO

O processo penal do inimigo pode ser entendido como a utilização do processo penal como forma de combate à criminalidade e luta contra o inimigo.

Logo, neste modelo não existe garantia nenhuma ao cidadão ou mesmo ao criminoso “normal” (não inimigo) de que estará protegido dessa legislação desarrazoada.

Ainda que se delimite dentro do Direito Penal e do Direito Processual Penal regras específicas de Direito do Inimigo, ainda assim, não estaremos suficientemente garantidos e protegidos, pois a amplitude que pode ser concedida ao termo “inimigo” é tão grande que amanhã qualquer um poderá ser assim considerado.

Ao princípio da proporcionalidade não pode ser atribuída esta missão de relativizar os direitos fundamentais para permitir a “caça” e punição de um ser humano sem que este possa se valer das garantias conquistadas ao longo dos anos para todos os brasileiros e também estrangeiros.

Não se mostra proporcional abriremos uma porta com tal largura no momento atual, em que convivemos com uma praxe de elaboração de leis penais e processuais penais para tranquilizar a sociedade que reclama diante do aumento da sensação de insegurança.

Não digo aqui que a luta contra o terrorismo, a criminalidade organizada, a pedofilia virtual e outras tantas, seja uma tarefa fácil, mas é justamente em meio às tribulações e dificuldades que um Estado de Direito deve mostrar que é fiel aos seus valores.

Valores estes que jamais poderão aceitar a divisão legal do seu povo em castas, separá-los de acordo com sua qualidade.

Enquanto um dos fundamentos basilares do Estado democrático brasileiro for a dignidade da pessoa humana, não se poderá aceitar entre nós o que se denomina de Direito Processual Penal do Inimigo.

Com efeito, necessário ressaltar que os institutos da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da delação premiada já se encontram imiscuídos nessa lama do processo penal do inimigo.

Também, ainda que aceitássemos a propalada delimitação de um Direito Penal e Processual Penal do Inimigo, não poderíamos aceitar jamais a execução forçada na colheita de provas corporais invasivas.

Assim, preferimos ficar com a opinião tão abalizada de Diogo Malan (2015, p. 22), lançada em seu artigo “Processo penal do inimigo”, no sentido de que a utilidade prática do conceito de Direito Processual Penal do Inimigo é a de servir como meio de identificação de dispositivos do ordenamento jurídico que são indesejáveis e ineficazes.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Organização e Tradução: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13 ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Processo Penal Garantista**. Goiânia: AB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARVALHO, Natália Oliveira de. **A delação Premiada no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: Uma análise à luz do Garantismo Penal**. Curitiba: Juruá, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013. Vol. I.

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. I

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Núcleo de estudos, pesquisa e extensão – NEPE. **Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de Presidente Prudente**. Presidente Prudente, 2009.

FARIA, César. Considerações acerca do processo penal do inimigo. **Site do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/92/artigo-01>>. Acesso em: 16 jan. 2015

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2003.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução: André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 6. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2012. Vol. I.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Procesual Penal** e sua conformidade constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

MALAN, Diogo. **Processo penal do inimigo**. Disponível em: <www.malanleoadvs.com.br/artigos/processo_penal_inimigo.pdf&prev=seach>. Acesso em: 16 jan. 2015.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Rodrigo Vaz. **Da utilização do exame de DNA no Direito Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id8468>. Acesso em: 07 jun. 2015.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em <<https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3o-de-excesso-lenio.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.